



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO N° 955-2018/CC2**

**PRESENTADO POR
SANDY MALUC GARCIA GARRAFA**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**LIMA – PERÚ
2022**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada

Informe Jurídico sobre Expediente N° 955-2018/CC2

Materia : Protección al Consumidor

Entidad : INDECOPI

Bachiller : Garcia Garrafa Sandy Maluc

Código : 2013201661

LIMA – PERÚ

2022

En el presente Informe Jurídico se analiza un procedimiento administrativo sancionador en materia de protección al consumidor, específicamente un caso de discriminación en el consumo.

La denuncia fue interpuesta por la ACIP contra la empresa LRN S.A., ante la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 por la presunta infracción del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley N° 29571.

El denunciante manifestó que la denunciada entregaría cartas diferenciadas a las personas dependiendo de su sexo, es decir, entregaba a los hombres una carta azul que contenía la lista de platillos y demás servicios y sus respectivos precios, mientras que la carta amarilla que se entregaba a las mujeres, únicamente contenía la lista de productos que el restaurante ofrecía pero no el precio de los mismos.

La denunciada alegó que la estratégica ubicación de su local brindaba entre otros, un ambiente especial para las celebraciones en parejas, por lo que, en esos casos, su política interna le permitía a fin de mantener un ambiente romántico y acogedor, proporcionar una carta diferenciada a la mujer y al hombre y que ello, buscaba enaltecer la posición de la mujer dentro de una pareja, considerando como una forma de halago el hecho de que pueda pasar una velada romántica y agradable sin tener en cuenta el costo de los servicios y que ello no implicaba una discriminación hacia la mujer.

En primera instancia, la Comisión mediante Resolución Final N° 0271-2019/CC2 de fecha 08 de febrero del 2019, declaró infundada la denuncia, en tanto no había quedado acreditado que la entrega de cartas distintas en el restaurante de la denunciada, corresponda a un acto de discriminación contra las mujeres.

Formulada la apelación respectiva, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI, mediante Resolución N° 2758-2019/SPC-INDECOPI de fecha 04 de octubre del 2019, revocó la resolución recurrida que declaró infundada la denuncia contra LRN, al haberse acreditado que la denunciada incurrió en prácticas discriminatorias por razón de sexo.

En consecuencia, declaró fundada la misma por infracción del artículo 38° del Código, disponiendo el cumplimiento de tres (03) medidas correctivas. Asimismo, sancionó a la denunciada con una multa de 50 UIT, a cumplir con pagar las costas del procedimiento y a que sea inscrita en el Registro de Infracciones y Sanciones del INDECOPI. Cabe acotar que, ante el empate en la votación de la resolución (existiendo un voto en discordia), el Presidente de la Sala tuvo que hacer uso de su voto dirimente.

El análisis realizado abarca principalmente los problemas jurídicos identificados durante la tramitación del expediente, los derechos que fueron alegados y presuntamente afectados, nuestra posición sobre las resoluciones emitidas por la Autoridad Administrativa y los temas que se encuentran plenamente vinculados y/o relacionados a la materia del expediente presentado.

INDICE

I. Relación de los hechos principales expuestos por las partes intervinientes en el procedimiento	
- Interposición de la denuncia	4
- Admisión a trámite	4
- Contestación de la denuncia.....	4
- Alegatos complementarios de ambas partes.....	5
- Resolución de la Comisión de Protección al Consumidor	5
- Recurso de apelación	5
- Resolución de la Sala Especializada en Protección al Consumidor.....	6
II. Identificación y análisis de los principales problemas jurídicos del expediente	
II.1. La vulneración del derecho a la propiedad fue erróneamente alegada por la ACIP, sobre los derechos presuntamente vulnerados y otros derechos involucrados	6
II.2. Otros derechos involucrados en el presente caso	8
II.2.1. Libertad de empresa	10
II.2.2. Derecho a la información.....	11
II.3. No hubo pronunciamiento sobre el video presentado por la ACIP	12
II.4. ¿Se debería poder conciliar en el procedimiento administrativo seguido ante el INDECOPI en materia de discriminación?	13
II.5. No hubo pronunciamiento sobre el pedido de la denunciante de ampliar la imputación a trato diferenciado ilícito	16
III. Posición fundamentada sobre las resoluciones emitidas y los problemas jurídicos identificados	
III.1. Resolución de la Comisión.....	
III.2. Posición sobre la Resolución de la Comisión y problemas jurídicos identificados.....	17
III.3. Resolución de la Sala	19
III.4. Voto en discordia	20
III.5. Posición sobre la Resolución de la Sala y problemas jurídicos identificados	
- La Sala impuso una multa de 50 UIT a LRN, a pesar de que el CPDC establece que la cuantía de la multa debía estar entre los 51 y 150 UIT por ser calificada como una infracción grave, aplicando incorrectamente el artículo 110° del CPDC.....	21
- La Sala incumplió con observar los criterios de graduación de la sanción, lo que implica una vulneración del Principio de Razonabilidad y al deber de motivación de las resoluciones administrativas, al no fundamentar adecuadamente la cuantía de la multa impuesta	22
- Evolución de los criterios del INDECOPI para resolver los casos de discriminación en el consumo.....	26
- Sobre el cambio de criterio adoptado por la actual Sala del INDECOPI	27
- Argumentos que sustentan el cambio de criterio.....	28
- Argumentos que sustentan nuestra posición.....	29
IV. Conclusiones	30
V. Bibliografía	31
V.1. Libros, artículos y revistas	31
V.2. Marco legal revisado.....	32

INFORME JURÍDICO DEL EXPEDIENTE N° 955-2018/CC2

- I. **Relación de los hechos principales expuestos por las partes intervinientes en el procedimiento**
1. Mediante **escrito de fecha 24 de julio del 2018**, la ACIP (en adelante, la denunciante) interpuso denuncia contra LRN S.A. (en adelante, la denunciada) por la presunta infracción al artículo 38.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC o Código) toda vez que, la denunciada entregaría cartas distintas a las personas dependiendo de si eran hombre o mujer, esto es, entregaba a los hombres una carta azul que contenía la lista de productos que el restaurante ofrecía y el precio de cada uno, mientras que la carta amarilla que se entregaba a las mujeres, únicamente contenía la lista de productos que el restaurante ofrecía pero no el precio de los mismos.
2. La ACIP, señaló que uno de sus asociados asistió el 27 de noviembre del 2017 a las instalaciones de LRN en compañía de su familia, entre quienes se habrían encontrado su hermana y su madre. Al respecto, indicó que a las féminas de la familia del asociado se les entregó cartas amarillas (sin precios) mientras que a los varones cartas azules (con precios). En ese sentido, manifestó que dicha situación constituía una discriminación por razones de sexo pues -a criterio de LRN- las mujeres no tenían derecho a saber los precios de los productos, ya que los únicos que podían pagar la cuenta eran los varones.
3. En consecuencia, la ACIP solicitó: (i) Que, LRN sea sancionada con la multa máxima posible; (ii) Que, LRN se abstenga de discriminar a las mujeres y entregue las mismas cartas a todos sus consumidores; y, (iii) Que, LRN cumpla con reembolsar las costas y costos incurridos en la tramitación del procedimiento.
4. Medios probatorios ofrecidos por la ACIP:
 - Foto de la factura que acreditaría la relación de consumo con LRN.
 - Fotos de las cartas azules y amarillas que acreditarían la diferenciación que había en las mismas (una con precios para varones y otra sin precios para mujeres).
 - Video grabado en vivo que demostraría la discriminación.
5. Mediante **Resolución N° 1 de fecha 03 de agosto del 2018**, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 (en adelante, ST) resolvió admitir a trámite la denuncia por la presunta infracción al artículo 38° del CPDC, tener por ofrecidos los medios probatorios presentados por ACIP y requirió a LRN cumplir con presentar una copia de cada una de las cartillas que ofrecía a sus comensales, así como explicar los motivos de dicha diferenciación, finalmente, corrió traslado de la denuncia a LRN, para que presente sus descargos.
6. Mediante **escrito de fecha 12 de setiembre del 2018**, LRN sostuvo que la estratégica ubicación de su local brindaba entre otros, un ambiente especial, acogedor y romántico para las celebraciones entre parejas, como por ejemplo, aniversarios, cumpleaños o cualquier otro momento especial para una pareja, en esos casos, indicó que su política interna le permitía a fin de mantener un ambiente romántico y acogedor, proporcionar una carta diferenciada a la mujer y al hombre y que ello, buscaba enaltecer la posición de la mujer dentro de una pareja, considerando como una forma de halago el hecho de que pueda pasar una velada romántica y agradable sin tomar en cuenta el costo de los servicios y que ello no implicaba una discriminación hacia la mujer.
7. Por otra parte, manifestó que existían otros supuestos en las cuales a todos las clientes de una mesa se les entregaba la misma carta (con precios), como por ejemplo, reservas realizadas para un grupo conformado exclusivamente por mujeres o reservas de grupos integrados por personas de ambos sexos en las cuales se advierta una relación de amistad o laboral, es decir, no una relación de pareja.

8. LRN expresó que la ACIP no había acreditado la vulneración al derecho de igualdad y a la dignidad de las mujeres que asistían al restaurante, pues el servicio había sido ofrecido en condiciones de igualdad con su acompañante varón, en tanto que a ambos se les había permitido el ingreso al local, se les habría brindado el servicio de alimentos que corresponde a su rubro de negocio y también se les habría proporcionado la información de los precios de las comidas, pues la carta con precios se encontraba al ingreso de su local a libre disposición y conocimiento de todos sus clientes, situación que había sido verificada mediante una Constatación Notarial de fecha 29 de agosto de 2018. De igual modo, sostuvo que la ACIP no había presentado prueba alguna de que se le haya impedido realizar el pago de la cuenta a alguna mujer, por ende, solicitó se declare infundada la denuncia interpuesta en su contra.
9. Mediante **escrito de fecha 14 de noviembre del 2018**, la ACIP presentó argumentos adicionales, refutando los descargos presentados por LRN, indicando lo siguiente:
 - Que, LRN habría admitido que a los varones sí les daba una carta con precios y a las mujeres no, que les daría a las mujeres un trato indigno por el solo hecho de ser mujeres, se les negaría el derecho de conocer los precios de los productos que ofrecen, bajo el prejuicio, disfrazado de caballerosidad y romanticismo, de que ellas no pagan o no deben pagar, de que los hombres son económicamente superiores siempre.
 - Que, LRN habría admitido que negar los precios a las mujeres es un trato diferenciado, no obstante, habría alegado que no sería un trato discriminatorio. En ese sentido, la ACIP señaló que en el supuesto y negado caso que se considere que existen indicios de que estaríamos frente a un trato diferenciado ilícito y no frente a actos de discriminación, citó el numeral 3 del artículo 38° del CPDC e indicó que los tratos de LRN son discriminatorios, pues negar ver los precios a las mujeres, solo por ser mujeres acompañados de hombres, es repudiable socialmente y afectaría la dignidad de todas las mujeres.
10. Mediante **escrito de fecha 30 de noviembre del 2018**, LRN señaló:
 - Que, en ningún momento había indicado que a todos los hombres se les entregaba una carta con precios y a todas las mujeres no se les entregaba dicha carta, precisó que había manifestado durante el procedimiento que en algunos casos, a fin de coadyuvar con el ambiente romántico de una celebración en pareja, entregaba cartas diferenciadas.
 - Que, su política interna se realiza desde la apertura del restaurante hace más de 30 años, hecho que sería considerado por sus clientes como una costumbre de halago a la mujer y un sello distintivo a través del tiempo.
 - Que, en ningún momento impone como condición que sea el hombre quien asuma el costo de sus servicios y que, si una dama asume el pago en su totalidad o una parte de este, el pago no es rechazado.
11. Mediante **escrito de fecha 04 de febrero del 2019**, la ACIP presentó alegatos finales, señalando que LRN asumía que las mujeres antes de entrar memorizaban todos los precios de las comidas y bebidas, lo cual no era razonable y, además por qué tendría que ser la mujer quien únicamente lo haga. Asimismo, que si LRN respetara el valor de las mujeres, les daría toda la información necesaria al ser recibidas, en cambio, les impediría ver los precios en sus cartas exclusivamente por estar acompañadas de un hombre.

Recurso de Apelación:

12. La ACIP mediante escrito de fecha 21 de marzo del 2019, interpuso recurso de apelación alegando una presunta vulneración al principio de verdad material, toda vez que, la Comisión habría dado por cierto los hechos expuestos por LRN, sin haber evaluado adecuadamente los medios probatorios.
13. Así, indicó que los hechos resultaban claros y que existía discriminación puramente por razones de sexo, toda vez que, las mujeres única y exclusivamente por el hecho de ser tales, recibieron cartas sin precios, es decir, a criterio de LRN, las mujeres no tenían derecho a saber los precios de los productos en las cartas ya que los únicos que podían pagar eran los hombres.

14. Por otro lado, advirtió que resultaba necesario determinar, a criterio de la Comisión, si se aplicaban las mismas condiciones comerciales a hombres y mujeres en el restaurante de LRN, sin embargo, recalcó que ello no se habría tenido en cuenta.
15. LRN mediante escrito de fecha 17 de junio del 2019, contesta la apelación, manifestando que rechazaba rotundamente el hecho de que la carta de los hombres incluía los precios y la carta amarilla, entregada a la mujer, no los incluía, expresó que sus cartas no tenían ninguna indicación o identificación que establezca que las azules solo se podían entregar a los hombres y que las amarillas solo se debían entregar a las mujeres sin excepción alguna. Es decir, no habría una carta específicamente para el hombre por el hecho de ser hombre, ni una carta para la mujer por el hecho de ser mujer.
16. Reiteró que, su política interna traducida en la deferencia de entregar una carta diferenciada solo era aplicada cuando se presentaban casos de cenas románticas entre parejas, celebraciones de aniversario, cumpleaños o cualquier otra fecha especial entre una pareja -a fin de mantener un ambiente romántico y acogedor-, lo cual de ninguna manera constituía un acto de discriminación, pues, no se le brindaba una carta sin precios por el solo hecho de ser mujer, sino que ello solo ocurría cuando se buscaba propiciar el ambiente romántico que pretendía brindar como un distintivo de su servicio.
17. LRN aseveró que, la ACIP no había presentado pruebas de que en su local solo se aceptaban pagos de hombres, advirtiendo que no había un solo reclamo de alguna clienta que cuestione que se le haya impedido el pago por ser mujer o por cualquier otro motivo, agregó que, tampoco había presentado algún medio probatorio que permita inferir, que todas las mujeres no recibían cartas con precios en sus mesas, que todas debían acercarse a la entrada del restaurante para conocer el precio de un producto y que todas debían solicitar una carta con precios.
18. La ACIP mediante escrito de fecha 02 de agosto del 2019, presentó alegatos complementarios, indicando que no era la primera vez que un restaurante discriminaba a las mujeres dándoles cartas sin precios, ello había ocurrido en los Estados Unidos, en un restaurante francés llamado L'Orangerie en el año 1980, en dicho caso según lo que alegó, una mujer habría invitado a uno de sus amigos a cenar a dicho restaurante, sin embargo cuando recibió la carta, la misma no contenía precios, por lo que inició una demanda civil por discriminación siendo sancionado por ese motivo el restaurante y, en consecuencia, posteriormente dejó de entregar cartas sin precios a las mujeres.
19. Finalmente, sostuvo que LRN había admitido que realizaba un trato diferenciado y que la justificación sería dar un ambiente romántico, sin embargo, durante la tramitación del procedimiento nunca habría argumentado porque ello sería romántico.

II. Identificación y análisis de los principales problemas jurídicos del expediente

II.1. La vulneración del derecho a la propiedad fue erróneamente alegada por la ACIP, sobre los derechos presuntamente vulnerados y otros derechos involucrados

20. Según el escrito de denuncia interpuesto por la ACIP, LRN al entregar cartas diferenciadas (sin precios) para las mujeres, habría vulnerado los siguientes derechos:
 - Derecho a la propiedad (al verse privadas de poder conocer e incluso pagar sus propios platos, o, incluso los de los varones).
 - Derecho a la vida digna (al sufrir una vez más la discriminación por la que todos hemos combatido los últimos ochenta años).
 - Derecho a la igualdad (al ser tratadas de forma diferenciada pese a no existir ninguna causa objetiva para dicho trato diferenciado).
21. Respecto del **derecho a la propiedad** podemos indicar que, el mismo se encuentra establecido como un derecho fundamental en el numeral 16¹ del artículo 2° de nuestra Constitución y que,

¹ "Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

conforme al artículo 70^{o2} de nuestra Carga Magna, el derecho de propiedad es inviolable y el Estado lo garantiza.

22. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha sostenido que: *“El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social”*³.
23. En nuestro caso, consideramos que la ACIP equivocadamente argumentó que se había vulnerado el derecho a la propiedad de las mujeres, pues la denunciada en ningún caso limitó o impidió el ejercicio de este derecho.
24. Respecto del **derecho a la vida digna** podemos indicar que, si bien no se encuentra expresamente reconocido como un derecho fundamental en nuestra Constitución, el numeral 1 del artículo 25° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce textualmente que: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”* y que por tanto, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, tendríamos que interpretar el derecho a la vida, de tal manera que el Estado asegure las condiciones mínimas necesarias para un adecuado desarrollo de la persona humana en sociedad, es decir, que pueda tener la capacidad de satisfacer sus necesidades básicas y así poder vivir dignamente.
25. En esa línea, nuestro TC⁴ ha expresado lo siguiente: *“La Constitución, por lo menos, debe exigir al Estado la provisión de un mínimo vital, protegido como contenido esencial, a fin de que las personas desarrollen una vida digna, procurando la igualdad material entre ellas. Para ese efecto, es necesario que la protección del derecho a la vida digna sea una obligación exigible al Estado que éste debe cumplir durante todo el proceso vital de las personas”*. (Fundamento 105). Asimismo, *“(...) debe precisarse que la Constitución no protege el derecho a la vida de las personas bajo cualquier circunstancia o condición, sino que garantiza a ellas el derecho a la vida con dignidad; para ello, el Estado debe promover las condiciones materiales mínimas a fin de que las personas tengan una vida digna que permita la realización de su bienestar”*. (Fundamento 106).
26. Teniendo como base lo señalado, estimamos que, si bien es cierto la discriminación afectaría el derecho a la vida digna de las personas, al impedir su pleno desarrollo en condiciones de igualdad, consideramos más preciso analizar el presente caso a través de la afectación directa del derecho a la igualdad.
27. Respecto del **derecho a la igualdad**, inicialmente debemos indicar que la Carta de las Naciones Unidas⁵ en el numeral 3 del artículo 1, reconoció como uno de sus propósitos: *“(...) el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (...)”*.
28. De igual modo, el artículo 55° de dicha norma supranacional, establece que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) promueve el respeto universal a los derechos humanos y a las

(...)

16. A la propiedad y a la herencia”.

² “**Artículo 70°**. El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. (...)”.

³ Fundamento jurídico N° 2 de la STC recaída en el Expediente N° 03258-2010-PA/TC.

⁴ En las sentencias recaídas en los Expedientes N° 050-2004-AI/TC, N° 051-2004-AI/TC, N° 004-2005-PI/TC, N° 007 -2005-PI/TC y N° 009-2005-PI/TC. Caso: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

⁵ Firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, entrando en vigor el 24 de octubre del mismo año.

libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades.

29. Por su parte, el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶, reconoce textualmente que: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*, seguidamente, el artículo 2° señala que: *“Toda 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 (...)”*.
30. De manera específica, el artículo 7° declaró: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*. Así, se colige por tanto, que el derecho a la igualdad ha sido concebido como una base fundamental en la evolución de la humanidad, a partir del cual, se debe asegurar al ser humano el tratamiento que por su condición de tal se merece -a ser tratado por igual ante la ley y en la aplicación de la misma respecto de sus semejantes-, en pleno respeto de su dignidad como condición inherente a toda persona, al ser considerado como un fin en sí mismo y no como un medio para la consecución de otros fines.
31. En este punto, cabe recalcar lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en la Opinión Consultiva OC-4/84⁷: *“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”*.
32. Así se justifica entonces, el reconocimiento del derecho a la igualdad en las normas de carácter supranacional, las cuales han permitido a lo largo de los años, el normal desarrollo del ser humano en sociedad, así como, la obligación legal internacional que tienen todos los estados, entre ellos, el Estado Peruano, de preservar y promover el derecho a la igualdad.
33. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la igualdad constituye un derecho fundamental consagrado en el numeral 2 del artículo 2°⁸ de nuestra Constitución, que además prohíbe la discriminación por los siguientes motivos: sexo⁹, género¹⁰, origen, idioma, raza, condición económica o de cualquier otra índole.

⁶ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

⁷ CIDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

⁸ **"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.

(...)"

⁹La CIDH, en la Opinión consultiva N° OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, señaló lo siguiente: *“En un sentido estricto, el término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer. En ese sentido, puesto que este término únicamente establece subdivisiones entre hombres y mujeres, no reconoce la existencia de otras categorías que no encajan dentro del binario mujer/hombre”*.

¹⁰ *“(...) el género es una construcción sociocultural que hace referencia a atributos, roles y espacios que se les asignan a las personas a partir de una lectura de su sexo. (...) En ese sentido, este concepto está muy ligado al de los estereotipos de género (...)”*. Diagnóstico sobre los estereotipos de género en el consumo y la publicidad en el Perú. INDECOPI. p. 14 - 16.

34. En esa misma línea, el TC en reiterada jurisprudencia, al analizar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad¹¹, expresó que el mismo tiene dos facetas: la igualdad ante la ley, que supone que ante una situación descrita en la norma, la misma sea aplicada para todos por igual; y, la igualdad en la ley, que supone que un mismo órgano no puede aplicar arbitrariamente criterios distintos a casos sustancialmente iguales y que, en caso decida apartarse de sus precedentes, deberá sustentar y fundamentar dicha situación de manera objetiva y razonable.
35. Además, también ha manifestado que el derecho a la igualdad es un derecho - principio, que debe ser entendido como un derecho fundamental y principio rector de la organización de un estado social y democrático de derecho y de la actuación de los poderes públicos¹².
36. Conviene en este punto citar lo expuesto por nuestro TC respecto de las dos dimensiones del derecho a la igualdad: formal y material, específicamente, la primera: “(...) impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (...)”, sobre la segunda, refiere que: “(...) el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales¹³”.
37. En esa línea, Fernández (1996) afirma lo siguiente: “no estamos, consecuentemente, ante el derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado de la misma forma que los demás, lo que evidentemente es distinto” (p.87).
38. Por lo que, podríamos entender de lo expuesto por el TC y la doctrina, que el derecho de igualdad comprende tanto la prohibición de discriminar, como la obligación que tiene el Estado de reconocer que no basta que las normas proscriban este tipo de situaciones, sino que tiene la labor de equiparar estas desigualdades.
39. A partir de lo analizado, tenemos que, se afectará el derecho a la igualdad, cuando se privilegie a un grupo de personas por motivos prohibidos por nuestra Constitución, tales como: sexo, origen, raza, religión, condición económica, entre otros de esta índole.
40. Ahora bien, debe dejarse en claro como ya lo ha establecido el TC¹⁴ que no todo trato desigual constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben 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.
41. En materia de protección al consumidor, nuestro CPDC dispone expresamente que todos los consumidores y usuarios tienen derecho a no ser discriminados¹⁵ (literal d. del artículo 1.1) y que, por ende, los proveedores se encuentran prohibidos de llevar a cabo tales acciones en su contra, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo (artículo 38°). Debemos precisar también, que nuestro Código no establece el concepto de discriminación, por lo que, este debe ser analizado de acuerdo con lo señalado por nuestro TC y los tratados

¹¹ Por ejemplo, véase las STC recaídas en los Expedientes: N° 03843-2008-PA/TC, N° 03525-2011-PA/TC, N° 0048-2004-PI/TC y N° 01604-2009-PA/TC.

¹² Ibidem.

¹³ Fundamento jurídico 11 de la STC recaída en el Expediente N° 0606-2004-AA/TC.

¹⁴ En el fundamento 20 de la STC recaída en el Expediente N° 00009-2007-PI/TC.

¹⁵ “**Artículo 1.- Derechos de los consumidores**

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

(...)

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

(...)”.

internacionales en materia de derechos humanos, según ha sido establecido por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (en adelante, CPC).

42. En ese contexto, resulta preciso citar al Dr. Landa (2017), cuando se refiere a la interpretación que se desprende del artículo 65° de la Constitución: *“Del texto constitucional transcrito podría afirmarse que los consumidores tienen un único derecho: el de información sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Sin embargo, tal lectura literal de la disposición citada debe ser descartada. Desde la perspectiva institucional, el derecho de los consumidores y usuarios implica, según lo señalado en el fundamento 9 de la sentencia del EXP 3315-2004-AA, el reconocimiento de una serie de principios que informan a la acción legislativa, administrativa y judicial del Estado: (...) c) El principio de isonomía real, en virtud del cual las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y los usuarios se establece en función del trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales (...)”* (p.134).
43. Por lo tanto, podemos señalar que se transgrede el derecho a la igualdad en las relaciones de consumo, y en ese sentido, se considera un acto discriminatorio y *per se* sancionable, cuando se aplican condiciones comerciales o contractuales diferentes a los consumidores o usuarios que se encuentran en una situación de igualdad, sin que medien causas objetivas ni razonables que justifiquen dicho tratamiento¹⁶.
44. Sobre la vulneración del derecho a la igualdad, hemos advertido en nuestra investigación, que a lo largo de los años el INDECOPI ha modificado en más de una oportunidad el criterio a partir del cual analiza las denuncias presentadas en materia de discriminación en el consumo, lo cual afecta la seguridad jurídica y la predictibilidad o confianza legítima de los administrados respecto de la interpretación y aplicación de los artículos pertinentes en estos tipos de denuncias, el análisis respectivo será desarrollado en el numeral III.4.3 del presente informe.

II.2. Otros derechos involucrados en el presente caso

45. Habiendo analizado el derecho a la igualdad en el punto anterior, corresponde referirnos a los derechos que no fueron alegados por las partes, pero guardan relación con el caso que nos ocupa.

II.2.1. Libertad de empresa

46. Respecto del **derecho a la libertad de empresa**, podemos comenzar señalando que desde los primeros casos que fueron analizados por el INDECOPI, que versaron sobre presuntos actos discriminatorios (casos de las discotecas), la parte denunciada siempre alegó que actuaba dentro del marco constitucional, en pleno uso de sus libertades económicas o incluso en virtud de lo que estipulaban sus propios estatutos.
47. Entre las libertades económicas consagradas en nuestra Constitución, una de las más invocadas como justificación, fue sin duda, la libertad de empresa, la cual a consideración de los proveedores denunciados, les amparaba para establecer ciertas restricciones o condiciones para el acceso (entrada) a sus locales comerciales, pues “se reservaban el derecho de admisión”. En ese sentido, impedían el ingreso a aquellas personas que no contaban con ciertas características o no cumplían con cierto “*estándar*”, por lo que, al no cumplir con dichos requisitos, se negaban a prestar sus servicios de entretenimiento.
48. La libertad de empresa, como sabemos, es un derecho fundamental recogido en el artículo 59° de nuestra Constitución, donde se estipula, en consonancia con el artículo 58°, que el Estado garantiza entre otras libertades, la libertad de empresa y que el ejercicio del mismo no debe afectar la moral, la salud, ni la seguridad pública, debiendo ser realizado dentro de un marco de respeto constitucional y dentro de los límites de nuestro sistema jurídico.

¹⁶ Conforme a lo señalado por la Sala Especializada en Protección al Consumidor en la Resolución N° 1879-2014/SPC-INDECOPI, caso Asia Rock, fundamento 9.

49. Al respecto, el TC en sendos pronunciamientos¹⁷ ha definido el contenido esencial del derecho fundamental bajo comentario, concluyendo que, *“En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa”*¹⁸.
50. De igual manera, ha dejado en claro que, partiendo de la concepción que ningún derecho es absoluto en nuestro ordenamiento jurídico, su ejercicio no puede afectar otros derechos constitucionalmente protegidos, *“Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce”*¹⁹.
51. En esa línea Landa (2017), respecto de los límites del derecho de a la libertad de empresa arguye que, *“El artículo 59 de la Constitución establece que en ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo de la moral, la salud ni la seguridad pública. A ello habría que añadir que el ejercicio de la libertad de empresa no puede ser lesivo de cualquier derecho fundamental o bienes públicos, pues la Constitución, a tenor del artículo 103, no ampara el abuso del derecho”* (p.131).
52. Así, tenemos que, si el ejercicio de la libertad de empresa -en el marco de una relación de consumo- afecta injustificadamente el derecho de igualdad, se estaría ejerciendo de manera irregular tal derecho constitucional, y, por tanto, resultaría en un abuso de derecho proscrito por nuestra Constitución, a partir de la teoría del contenido esencial, armonizadora y no conflictivista de los derechos fundamentales²⁰.
53. Al respecto, nos permitimos citar al Dr. Castillo (2017) cuando señala: *“(…) lo que ocurre realmente es que solo una de las partes ha invocado correctamente su derecho humano o fundamental como sustento de su pretensión. La otra parte lo ha invocado incorrectamente y su pretensión se presenta como un intento de ejercicio extralimitado de su derecho”* (p. 59).
54. Finalmente, debe distinguirse en las relaciones de consumo, que la exclusión de clientela por parte de los proveedores está permitida siempre y cuando medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de los clientes u otros motivos similares. Asimismo, un trato diferente o “especial” debe fundamentarse en una causa objetiva y razonable, conforme lo establecen los numerales 2 y 3 del artículo 38° del CPDC.

II.2.2. Derecho a la información

55. Respecto del **derecho a la información en las relaciones de consumo**, podemos empezar citando el artículo 65°²¹ de la Constitución, el cual establece la obligación que tiene el Estado de defender el interés de los consumidores y usuarios, garantizando por ello, la información sobre los bienes y servicios que se ponen a su disposición en el mercado y, velando principalmente, por la salud y seguridad de los mismos.

¹⁷ Tales como las STC recaídas en los Expedientes N° 3330-2004-AA/TC (fundamentos 11, 12 y 13), N° 7320-2005-PA/TC, N° 0003-2006-PI/ITC, N° 01963-2006-AA/TC y N° 01405-2010-PA/TC (fundamentos del 12 al 16).

¹⁸ Fundamento jurídico 16 de la STC N° 01405-2010-PA/TC.

¹⁹ Fundamento 26, literal d) La libertad de empresa en la STC N° 0008-2003-AI/TC.

²⁰ Debe señalarse que, Castillo Córdova establece la inexistencia de conflictos entre derechos fundamentales, con lo cual se aparta de la teoría conflictualista que resuelve el “conflicto aparente” a través de la ponderación de derechos mediante el Test de Proporcionalidad. En dicho sentido, el autor propugna una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales que debe resolverse a partir del contenido esencial de los derechos. (Castillo, L. 2017, p. 54).

²¹ **“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”.**

56. Sobre el particular, el TC -por citar algunos ejemplos- en el expediente N° 0008-2003-AI/TC²², ha señalado que el Estado: *“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”*. Y, en la sentencia recaída en el expediente N° 3315-2004-AA/TC²³ ha establecido que el Estado debe asegurar: *“(…) la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor trasmite a los consumidores y usuarios en relación con las calidades, propiedades o características de los productos y servicios que las ofertan”*.
57. El CPDC, en referencia a los principios a los cuales se sujeta, señala en el numeral 3 del artículo V del Título Preliminar, el principio de transparencia, el mismo que establece: *“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”*.
58. Asimismo, el artículo 1.1 literal b) y artículo 2° del CPDC, estipulan que los consumidores tienen 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. De igual modo, se establece el deber del proveedor de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.
59. En nuestro caso, resulta pertinente indicar que la Sala en los numerales 60 y 61 de la Resolución, concluyó lo siguiente:

“(…)

60. *Siendo así, se evidencia que el trato diferenciado que brinda la denunciada está apoyado en la generalización que se hace de las personas en base a su sexo, que en este caso menoscaba o limita uno de los derechos de la mujer, por ser mujer, el derecho a la información, al omitir la denunciada informarle intencionalmente un dato relevante (el precio del producto) basado en una presunción generalizada y equivocada que, en una celebración entre parejas, la mujer siempre será invitada y que nunca pagará el costo del consumo. Así, en esa lógica, es que carecería de sentido informarle un dato relevante, como es el precio del producto, para su decisión.*

61. *En este punto, es importante mencionar que el Código obliga a los proveedores a proporcionar a los consumidores, sin distinción alguna, toda la información relevante sobre las características de los productos y servicios que ofrecen, siendo un elemento importante en la decisión de compra el precio, a efectos de que los propios consumidores puedan realizar una adecuada elección o decisión de consumo. Siendo así, correspondería que un proveedor consigne en sus cartas de comida el precio de sus platos, sin hacer distinción alguna, y menos aún por razón de sexo. (…)*
(Subrayado y resaltado agregado).

60. Finalmente, es necesario tener en cuenta lo sostenido por Landa (2017) cuando expresa: *“Este derecho, cuya garantía es superlativa, se sustenta en la evidente relación asimétrica entre consumidores o usuarios y proveedores, ya que estos últimos cuentan con toda la información -positiva y negativa- sobre los bienes y servicios que ofrecen. Por ello, resulta indispensable que el Estado garantice el traslado de la información, no de toda sino de aquella que resulte relevante para el consumidor. Dicha transmisión deberá sujetarse a los principios de transparencia y veracidad informativa”* (p.135).

II.3. No hubo pronunciamiento sobre el video presentado por la ACIP

61. De la revisión del expediente, observamos que en ninguna instancia del procedimiento, ni la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 (en adelante, la Comisión), ni la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) se pronunciaron sobre el video ofrecido como medio probatorio por la ACIP, el mismo que se encontraba destinado a acreditar la entrega de cartas diferenciadas por parte de LRN.

²² Fundamento jurídico N° 31.

²³ Fundamento jurídico N° 9.

62. Sin embargo, consideramos que no haber valorado dicho medio probatorio documental²⁴, no constituye un vicio que acarrea la nulidad del acto administrativo, debido a que la finalidad del mismo era acreditar la entrega de cartas diferenciadas. En el caso, la propia denunciada aceptó dicha conducta, por lo que, dicho medio probatorio no tenía ninguna finalidad que cumplir²⁵ y carecía de sentido analizarlo, vale decir, a confesión de parte relevo de prueba.
63. Caso contrario, de considerar que la no valoración del video podría afectar la debida motivación de las resoluciones, teniendo en cuenta los numerales 3 y 4 del artículo 14.2²⁶ del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS²⁷ (en adelante, TUO de la LPAG), se habría procedido a su conservación, al ser un vicio no trascendental.

II.4. ¿Se debería poder conciliar en el procedimiento administrativo seguido ante el INDECOPI en materia de protección al consumidor y, más aún en los casos de discriminación en el consumo?

64. Planteamos dicha interrogante debido a que mediante Proveído 1²⁸, se comunicó a las partes que en esa instancia (formulada la apelación por parte de la ACIP) era posible declarar la conclusión anticipada del procedimiento si las partes acreditaban de manera indubitable que habían llegado a un acuerdo que ponga fin a la controversia materia de denuncia, para lo cual debían presentar ante la Sala, un acuerdo conciliatorio celebrado de manera independiente. Asimismo, mediante dicho proveído se indicó a las partes que podían solicitar a la Sala se convoque a una Audiencia de Conciliación, pedido que sería debidamente evaluado.
65. A efectos de contestar la interrogante planteada, resulta pertinente conocer la naturaleza del procedimiento administrativo en materia de protección al consumidor, para en base a ello, saber cuáles son los derechos e intereses que los administrados ejercen o mantienen en dicho procedimiento y así determinar si las partes involucradas pueden conciliar o no.
66. Por nuestra parte, adelantaremos que a pesar de lo previsto en el CPDC, consideramos que no se debería poder conciliar en los procedimientos sancionadores en materia de protección al consumidor y mucho menos en casos de discriminación²⁹, pues en ellos se afectan derechos que no tienen carácter de disponibles, tales como: la dignidad de la persona y el derecho a la igualdad y no discriminación.

²⁴ Conforme al literal b) del artículo 31° del Decreto Legislativo N° 807 sobre las facultades, normas y organización del INDECOPI.

²⁵ "Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones". Artículo 188° del TUO del Código Procesal Civil.

²⁶ "Artículo 14.- Conservación del acto

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

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

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

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

14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

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

²⁷ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 25 de enero del 2019.

²⁸ Obrante a fojas 144 del expediente materia de análisis.

²⁹ Es de indicar que, por acceso a la información pública, mediante carta N° 004303-2021-GEG-SAC/INDECOPI de fecha 22 de abril del 2021, se hizo la consulta a la Comisión y a la Sala sobre cuántos casos de discriminación habían concluido por conciliación desde enero del 2014 a abril del 2021. Al respecto, nos informaron que del total de denuncias tramitadas en la Comisión en dicho periodo, cero (0) casos habían concluido por conciliación. Asimismo, en Sala, únicamente en un (01) procedimiento se había puesto fin a la controversia mediante un acuerdo conciliatorio, caso tramitado en el Expediente N° 1441-2019/CC1.

67. De manera inicial, debemos indicar que el error parte de la descripción legal del artículo 232.1³⁰ del TUO de la LPAG cuando otorga expresamente a la Autoridad Administrativa, la posibilidad de emitir sanciones al interior de un procedimiento trilateral, es decir, le otorga a la Administración una facultad sancionadora en este tipo de procedimientos.
68. Asimismo, podemos mencionar que los artículos 18.2³¹ y 28.2³² (hoy derogados) de los Decretos Legislativos N° 1034 y N° 1044 respectivamente, hacían mención expresa al denominado “procedimiento trilateral sancionador”, por tanto, queda claro que en un primer momento, el INDECOPI reconoció la existencia de procedimientos trilaterales sancionadores bajo su competencia, aunque posteriormente cambió dicho criterio.
69. Ahora bien, el CPDC en su artículo 106³³ nos señala explícitamente el carácter sancionador de los procedimientos por infracción a las normas de protección al consumidor, a pesar de que, la redacción vigente del artículo 107³⁴ que si bien señala la naturaleza oficiosa del procedimiento, ya no indica expresamente procedimiento sancionador -como sí lo hacía antes de la modificatoria³⁵, sino únicamente procedimiento administrativo sin mayor precisión.
70. Sin embargo, vale decir que la redacción anterior tampoco zanjaba el problema, puesto que el propio TUO de la LPAG, en su artículo 231.1 establece que el procedimiento trilateral se inicia mediante la presentación de una reclamación o de oficio, lo cual, ha sido acusado como una de las debilidades en la regulación legal del procedimiento trilateral (Tirado, 2015, p.123).
71. En virtud del problema planteado, conviene mencionar que el artículo 107-A³⁶ del CPDC, precisa que la Autoridad **podrá** continuar de oficio el procedimiento si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción

³⁰ **“Artículo 232.- Contenido de la reclamación**

232.1 La reclamación deberá contener los requisitos de los escritos previstos en el artículo 124, así como el nombre y la dirección de cada reclamado, los motivos de la reclamación y la petición de sanciones u otro tipo de acción afirmativa”.

³¹ **“Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento.-**

(...)

18.2. En el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento de investigación, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio.

(...)”.

³² **“Artículo 28.- Formas de iniciación del procedimiento.-**

(...)

28.2.- En el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio. Quien presente una denuncia de parte no requerirá acreditar la condición de competidor o consumidor vinculado al denunciado, bastando únicamente que se repute afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia.

(...)”.

³³ **“Artículo 106.- Procedimientos a cargo del Indecopi**

El Indecopi tiene a su cargo los siguientes procedimientos sancionadores:

a. Procedimiento por infracción a las normas de protección al consumidor.

(...)”.

³⁴ **“Artículo 107.- Postulación del proceso**

Los procedimientos administrativos para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código se inician de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado (...).”.

³⁵ Mediante el Decreto Legislativo N° 1308 publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de diciembre del 2016, se modificaron, entre otros artículos del CPDC, el artículo 107°.

³⁶ **“Artículo 107-A.- Formas de conclusión anticipada del procedimiento de oficio promovido por denuncia de parte.**

En cualquier estado e instancia del procedimiento de oficio promovido por denuncia de parte, el órgano resolutorio puede declarar su conclusión anticipada en los siguientes supuestos:

1. Cuando el denunciante formule desistimiento del procedimiento o de la pretensión antes de la notificación de la resolución que agota la vía administrativa.

2. Cuando las partes lleguen a un acuerdo mediante conciliación, mediación, transacción o cualquier otro acuerdo que, de forma indubitable, deje constancia que se ha solucionado la controversia materia de denuncia antes de la notificación de la resolución que pone fin a la misma.

Cualquiera de las partes podrá acreditar ante el órgano resolutorio la solución de la controversia, para que la autoridad declare la conclusión anticipada del procedimiento. El procedimiento continuará respecto de aquellos denunciados o pretensiones no comprendidos en dicha conclusión anticipada.

La autoridad podrá continuar de oficio el procedimiento si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento entrañase interés general”.

suscitada por la iniciación del procedimiento entrañase interés general, así también, lo ha establecido el artículo 29^{o37} del Decreto Legislativo N° 807.

72. En este punto, a nuestro entender si partiéramos de la concepción de que nos encontramos ante un procedimiento trilateral o trilateral sancionador, donde se discuten derechos subjetivos e intereses legítimos de índole particular, la conciliación se encontraría dentro de los derechos disponibles de las partes interesadas y, por tanto, de haber llegado ellas a un Acuerdo Conciliatorio en el marco del procedimiento de protección al consumidor, tendría que darse por concluido el procedimiento a pesar de que se haya ventilado presuntas infracciones al Código. De igual modo, incluso podría darse el caso que el INDECOPI haya concluido de lo actuado en el expediente, la existencia de una infracción, no obstante, en un procedimiento trilateral, la Administración debe comportarse como una autoridad neutral conforme a las características propias de este procedimiento.
73. Además, resulta pertinente recalcar que los artículos citados en el numeral 67 del presente informe, no establecen la obligatoriedad de continuar con el procedimiento de oficio, sino que, la “calificación” de si los hechos denunciados podrían afectar intereses de terceros o entrañar interés general queda finalmente a discreción y consideración de la Autoridad, es decir, dependerá de su criterio proseguir de oficio el procedimiento o en todo caso no hacerlo.
74. Por lo que, nosotros compartimos la postura de otra parte de la doctrina nacional respecto a la inexistencia de un procedimiento trilateral o un procedimiento administrativo trilateral sancionador, dentro de los cuales destacan Martin Tirado³⁸ y Tirado Barreda³⁹, quienes han convenido que el hecho de que exista una denuncia de un consumidor presuntamente afectado (denunciante interesado) no altera la naturaleza que el mismo CPDC le ha asignado.
75. Siendo que, en este tipo de procedimientos, siempre estará presente la potestad sancionadora de la Administración, debido a la finalidad pública que persiguen: cautelar los derechos de los consumidores y usuarios en general (aunque se parta de la denuncia de un particular en específico) y así proteger el mercado mismo, ello en base al mandato constitucional que tiene el Estado en nuestro modelo económico.
76. En ese sentido, consideramos que los procedimientos en materia de protección al consumidor tienen el carácter de procedimientos administrativos sancionadores “puros”, aunque debemos indicar, actualmente se aplique erróneamente a los mismos, las figuras del desistimiento y la conciliación, que son propias del procedimiento trilateral.
77. En este punto, cabe precisar que en el caso de la conciliación, como sabemos, la disposición de los bienes jurídicos a que tiene derecho el consumidor, son aquellos que tienen carácter disponible, siendo que, en el caso de haber puesto en conocimiento del INDECOPI presuntas infracciones al CPDC, siendo la autoridad competente para sancionar toda conducta que sea contraria a las normas de protección al consumidor, no puede pasar por alto este tipo de situaciones, en virtud del deber especial de protección que ostenta.

³⁷ **“Artículo 29.-** 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. La audiencia se desarrollará ante el Secretario Técnico o ante la persona que éste designe. Si ambas partes arribaran a un acuerdo respecto de la denuncia, se levantará un acta donde conste el acuerdo respectivo, el mismo que tendrá efectos de transacción extrajudicial. En cualquier caso, la Comisión podrá continuar de oficio el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros”.

(Subrayado agregado).


³⁸ “Así, se propugna la existencia de un procedimiento atípico el: “trilateral sancionador” en el cual “conviven de forma dinámica y simbiótica dos relaciones jurídicas”, pretendiéndose así vincular en forma contradictoria dos figuras jurídicas, cuando la realidad no se presenta tan complicada. Lo que realmente existe es un procedimiento sancionador, el cual es promovido por un administrado y en el cual estamos ante una actuación de la Administración al amparo de su potestad punitiva”. En “El rol del denunciante en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores”. (Martin Tirado, 2014, p. 76-77).

³⁹ “(...) a partir de la vigencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor no existe duda que se ha optado por esclarecer no sólo la naturaleza estrictamente sancionador de este tipo de procedimientos, sino que es meridianamente claro al establecer -en consonancia con los fines institucionales de la potestad sancionadora- que los procedimientos de protección al consumidor siempre se inician de oficio los procedimientos sancionadores”. (Tirado, 2015, p.132).

78. Por lo que, siendo que la potestad sancionadora no se encuentra dentro de los derechos disponibles del consumidor, este no puede disponer de aquello a lo que ya no tiene derecho, encontrándose este en el ámbito de la Autoridad Administrativa.
79. Al respecto, cabe tener en consideración la precisión que realiza Tirado (2014): *“Cabe resaltar la importancia de los procedimientos de protección al consumidor dado que, en ellos si bien el procedimiento se activa por la existencia de una relación de consumo entre el proveedor y consumidor; la intervención de la Autoridad Administrativa en la resolución de la controversia es necesaria, toda vez que el Estado tiene especial interés en que las diversas transacciones de consumo que realice cada ciudadano se efectúen dentro debidamente (p.175-176).*

II.5. No hubo pronunciamiento sobre el pedido de la denunciante de ampliar la imputación a trato diferenciado ilícito

80. La ACIP mediante su escrito de fecha 13 de noviembre del 2018 solicitó a la Comisión la ampliación de la imputación de cargos a trato diferenciado ilícito. Al respecto, mediante la Resolución N° 4⁴⁰, la ST resolvió entre otros, informar a la ACIP que su solicitud de ampliación de cargos iba a ser evaluada oportunamente, conforme se puede apreciar a continuación:

3. informar a la Asociación Consumidores Indignados que su solicitud de ampliar los cargos imputados a trato diferenciado ilícito contra La Rosa Náutica S.A. será oportunamente evaluada. 

81. Sin embargo, es de precisar que en ningún proveído posterior por parte de la ST, ni en ningún extremo de la resolución de la Comisión, se evaluó tal solicitud, a nuestra consideración, la Comisión estaba obligada a establecer los motivos por los cuales no procedía la ampliación de cargos a trato diferenciado ilícito. Sin embargo, este es un vicio del acto no trascendental, de acuerdo con el artículo 14° del TUO de la LPAG, porque de haber ampliado la imputación de cargos a trato diferenciado ilícito, ello no habría cambiado el sentido de la resolución final, toda vez que, el hecho denunciado siempre fue analizado como un acto discriminatorio.

III. Posición fundamentada sobre las resoluciones emitidas y los problemas jurídicos identificados

III.1. Resolución de la Comisión

82. Mediante **Resolución Final N° 0271-2019/CC2** de fecha 08 de febrero del 2019 (en adelante, Resolución de la Comisión), se declaró infundada la denuncia presentada por la ACIP, en tanto que no había quedado acreditado que la entrega de cartas distintas en el restaurante, corresponda a un acto de discriminación contra las mujeres, por consiguiente, no se ordenó ninguna medida correctiva, fundamentando su decisión en los siguientes argumentos:
- ❖ De lo declarado por ambas partes, no resultaba controvertido el hecho de que el 27 de noviembre de 2017, uno de los asociados de la denunciada se apersonó a LRN y en su mesa se entregaron cartas distintas (azul y amarilla).
 - ❖ El asociado señaló que al apersonarse a LRN lo hizo con su madre y su hermana; sin embargo, la boleta de venta y la fotografía de las cartas entregadas, no acreditan quienes habrían acompañado al asociado ni el contexto de la velada.
 - ❖ La Comisión sostuvo que debía tenerse en cuenta que la discriminación se manifiesta en las relaciones que se forjan entre consumidores o usuarios y proveedores en un mercado: cuando una persona quiere acceder a un producto o un servicio ofrecido por un proveedor -empresa, empresario, negociante- y a cambio obtiene negativa, rechazo, obstaculización o maltrato por razones injustificadas, y específicamente relacionadas a su raza, sexo, orientación sexual, origen, idioma, condición socioeconómica, credo y opinión política.
 - ❖ Así, manifestó que no había quedado acreditado que una vez entregadas dichas cartas diferenciadas, y ante el requerimiento de alguno de los presentes de la entrega de cartas azules para todos los comensales, LRN se haya negado a ello, sin justificación alguna y/o

⁴⁰ De fecha 19 de noviembre de 2018 (obrante a fojas 104 del expediente bajo análisis).

basando su negativa en el género de la persona, supuesto que evidenciaría un acto discriminatorio. Adicionalmente, indicó que LRN había acreditado que, al ingreso de sus instalaciones, cuenta con un listado de precios al cual pueden acceder todos los consumidores independientemente de si son varones o mujeres.

- ❖ Por lo que, expresó no se había podido determinar que el accionar de LRN de entregar cartas diferenciadas, genere una desigualdad entre varones y mujeres, en tanto estas últimas podían solicitar la referida carta y/o informarse de los precios en la carta ubicado al ingreso del establecimiento del denunciado.

III.2. Posición sobre la Resolución de la Comisión y problemas jurídicos identificados

83. No me encuentro de acuerdo con la Resolución de la Comisión en la medida que no analizó correctamente los hechos materia de denuncia, toda vez que, no analizó el motivo por el cual la entrega de cartas diferenciadas (con precios para varones y sin precios para mujeres) no constituía un acto de discriminación. Por el contrario, fundamentó su decisión en el hecho de que no había quedado acreditado que ante el requerimiento de una persona de que se entregue la carta con precios a todos los comensales, LRN se haya negado a ello sin motivo aparente o basado en motivos de género, es decir que, para la Comisión el acto discriminatorio se habría dado en tanto la denunciada se hubiera negado a entregar la carta con precios en base a un motivo injustificado.
84. Sobre dicho punto, debemos señalar que el hecho denunciado nunca fue la negativa de LRN de entregar cartas con precios cuando así lo requerían los comensales, sino entregar una carta con precios para los varones y una sin precios para las mujeres estando ambos en una situación de igualdad, por lo que, lo analizado por la Comisión en la parte considerativa no guardaba relación con lo resuelto en la parte resolutive, en tanto nunca se analizó si la entrega de cartas distintas para mujeres constituía o no un acto de discriminación.
85. Asimismo, la Comisión consideró que, como el listado de los precios se encontraba en la entrada del local comercial al cual podían acceder tanto varones como mujeres, con ello quedaba satisfecho el derecho a la información que tenían las mujeres de conocer los precios de los platos que ofrecía LRN, sin embargo, es de indicar que no fundamentó porqué, si varón y mujer se encontraban en una situación de igualdad en la relación de consumo, el varón sí podía conocer los precios al momento de ordenar su pedido, mientras que la mujer no.

III.3. Resolución de la Sala⁴¹

86. Mediante **Resolución N° 2758-2019/SPC-INDECOPI** de fecha 04 de octubre del 2019 (en adelante, Resolución de la Sala) se revocó la resolución recurrida que declaró infundada la denuncia contra LRN; y, en consecuencia, declaró fundada la misma por infracción del artículo 38° del CPDC, al haberse acreditado que la denunciada incurrió en prácticas discriminatorias por razón de sexo, pues entregaba cartas de comida diferenciadas para hombres y mujeres, siendo que las cartas para los hombres (cartas azules) contaban con los respectivos precios de los platos, mientras que las cartas para las mujeres no contenían tales precios (cartas amarillas), basando su decisión en los siguientes fundamentos:
 - ❖ Mediante Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2019, había realizado un cambio de criterio en relación al modo en el que debían analizarse las conductas donde existía un trato desigual que no se encontrara justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastaría 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.
 - ❖ En ese sentido, precisó que en consonancia con el cambio de criterio definido por el Colegiado, el artículo 39° no realiza ninguna diferenciación en los niveles de gravedad

⁴¹ Votos de los vocales Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, teniendo este último que hacer uso de su voto dirimente como presidente de la Sala.

de una práctica discriminatoria; y, por ende, los órganos resolutivos de protección al consumidor, al momento de analizar un trato desigual por parte de los proveedores, deberán ceñirse a las reglas probatorias reseñadas para verificar la comisión de la conducta infractora. Una vez comprobada ella, podrán determinar el nivel de gravedad de la misma, para graduar y, de ser el caso, aplicar una sanción más drástica en función de la practica discriminatoria acreditada.

- ❖ Que, una política interna no podía ser el sustento para que un establecimiento comercial brinde un servicio diferenciado que podría vulnerar los derechos fundamentales de hombres o mujeres, dado que el Estado como los particulares se encuentran obligados a respetar los derechos fundamentales de las personas, como es el derecho a la igualdad y no hacer diferencias donde la ley no la hace. Así, precisó que no desconocía el derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa consagradas en los artículos 58° y 59° de la Constitución Política del Perú; no obstante, consideró que ello no enerva que dichas libertades deban ejercerse en el marco del respeto a los derechos fundamentales de las personas, en específico el derecho a la igualdad.
- ❖ Que, el CPDC obligaba a los proveedores a proporcionar a los consumidores, sin distinción alguna, toda la información relevante sobre las características de los productos y servicios que oferten, siendo un elemento importante en la decisión de compra el precio, a efectos de que los propios consumidores puedan realizar una adecuada elección o decisión de consumo. Siendo así, correspondería que un proveedor consigne en sus cartas de comida el precio de sus platos, sin hacer distinción alguna, y menos aún por razón de sexo, resaltó que la lógica de no consignar la lista de precios en la carta entregada a la mujer es que ella siempre será la invitada y que nunca pagará el costo del consumo (por ello carecería de sentido y relevancia informarle su precio), lo cual no es una causa objetiva, ni razonable, que justifique el trato diferenciado implementado y aplicado por LRN.
- ❖ Que, aun cuando la mujer fuera la invitada a la cena y no tuviera que asumir su costo, no tendría ella también derecho a conocer el costo del servicio -si así lo deseara- sin tener que ponerse en evidencia de solicitar otra carta o de salir al ingreso del restaurante para revisar la lista de precios, por lo que no consideraban un halago o una deferencia para la mujer el omitir informarle, sin previa consulta (desconociendo sus preferencias) la lista de precios del producto.
- ❖ Respecto de que existían otras situaciones en las que se brindaba un trato halagador a la mujer que, en línea con lo sostenido por la ACIP, constituirían también un acto de discriminación por razón de sexo; no obstante, todo ello brindaba un trato favorecedor y no perjudicial a las mujeres, justamente porque se resaltaba su calidad e importancia dentro de la sociedad. Sobre el particular, la Sala consideró que la existencia de otras situaciones en las que presuntamente se brinda un trato diferenciado a las personas, no exime o incide en la responsabilidad de LRN por la infracción detectada.
- ❖ Que, los hechos descritos y materia de denuncia no fueron desconocidos por LRN, la misma que trató de justificarlos, y que solo responden y/o únicamente obedecen a que incurrió en tratos discriminatorios entre sus comensales, debido a que, sin una razón objetiva o justificada, entregaba a las mujeres, a diferencia de los hombres, las cartas sin precios, cuando todo consumidor estaba en el derecho de recibir las cartas, que contengan platos y precios, sin distinción alguna.
- ❖ Que, de acuerdo con la dinámica probatoria del artículo 39° del CPDC, la práctica confrontada no tenía una justificación razonable, comprobándose así su carácter discriminatorio y concluyó que, el hecho de que la denunciada entregue a sus comensales mujeres una carta amarilla que no contiene precios, constituye y solo obedece, a una práctica discriminatoria.
- ❖ La Sala ordenó las siguientes medidas correctivas:
 - (i) Que, LRN a partir de la notificación de la Resolución, cumpla con dejar de entregar cartas de comida sin precios a las mujeres que acudan a su local comercial, debiendo proporcionar cartas (con precios y demás requisitos) iguales a hombres y mujeres, y, en lo sucesivo, cumpla con brindar un trato igual a sus comensales cuando se encuentren en igualdad de condiciones.

- (ii) Que, en el plazo máximo de 60 días contado a partir de la notificación de la Resolución, cumpla con brindar una capacitación sobre prevención de discriminación por razón de sexo a todos los trabajadores de su establecimiento.
 - (iii) Que, de manera inmediata cumpla con colocar de forma permanente un cartel al interior de su establecimiento abierto al público, en un lugar visible y fácilmente accesible, con el siguiente mensaje: “Este establecimiento está prohibido de discriminar a cualquier consumidor por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, edad o cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Si una persona advierte que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a formular el reclamo correspondiente, así como a denunciar este hecho ante el INDECOPI”.
- ❖ Sancionó a LRN con una multa de 50 UIT, por incurrir en prácticas discriminatorias por razón de sexo, a cumplir con pagar las costas del procedimiento y se le inscriba en el Registro de Infracciones y Sanciones del INDECOPI, por infracción del artículo 38° del CPDC.

III.4. Voto en discordia⁴²

87. Al respecto, los vocales consideraron que el hecho de entregar cartas diferenciadas a las mujeres obedecía a un acto de galantería y no a uno de discriminación, ello en atención a la política interna que tendría la denunciada de brindarles un trato preferencial, por ejemplo: la decoración de sus instalaciones y la entrega de rosas. Asimismo, señalaron que no se evidenciaba que el servicio diferenciado afectaba la capacidad de goce y ejercicio de las mujeres, sino que únicamente se les daría una atención especial, lo que no les perjudicaría en ningún sentido.
88. En esa línea sostuvieron que si las mujeres querían informarse de los precios -si es que así lo decidiesen- podían pedirle a sus parejas la carta azul o pedirlo al personal del local, sin que ello implique un esfuerzo o sacrificio, así también al entrar al establecimiento podían conocer los precios de los productos que deseaban consumir. De igual modo, siguiendo lo señalado por la Comisión, adujeron que no había quedado acreditada la negativa de la denunciada de entregar la carta con precios cuando así se requiera.
89. Como último argumento advirtieron que la infracción denunciada no había quedado probada, en tanto no se habían abordado diferentes situaciones tales como: si las comensales hubieran sido todas mujeres.

III.5. Posición sobre la Resolución de la Sala y problemas jurídicos identificados

90. Me encuentro de acuerdo con la Resolución de la Sala en el extremo del análisis de fondo del caso denunciado, toda vez que, a nuestra consideración, el hecho de que LRN haya entregado cartas diferenciadas con precios para los varones y sin precios para las mujeres, basándose en la idea de que no ver los precios constituía un acto de halago o galantería hacia las mismas, efectivamente era un estereotipo⁴³ de género⁴⁴ y vulneraba el derecho a la igualdad en las relaciones de consumo, en el sentido que, tanto varón como mujer se encontraban en una situación de igualdad, por tanto, si el varón estando dentro del establecimiento comercial y listo para realizar su pedido, podía conocer cada uno de los precios de los platos, bebidas, postres,

⁴² Votos de los vocales Juan Alejandro Espinoza Espinoza y Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio.

⁴³ "Un estereotipo presume que todos los miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares... [en consecuencia] se considera que una persona, simplemente por su pertenencia a dicho grupo, se ajusta a la visión generalizada o la preconcepción". La CIDH en la Opinión Consultiva N° 24 del 14 de febrero de 2017, p.5.

⁴⁴ La CIDH, ha definido a los estereotipos de género como una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. En esa línea, ha señalado que los estereotipos de género son factores asociados a la discriminación estructural de las mujeres en la sociedad y que son incompatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Sentencia de Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 16 de noviembre de 2009.

entre otros, ofrecidos por la denunciada, pues la mujer tenía exactamente el mismo derecho a ser informada respecto de los mismos.

91. En esa línea, no resultaba razonable que el fundamento para no informar -únicamente a las mujeres- de los precios de los platillos y demás, se justifique en un estereotipo de género, toda vez que, fuera de que consideramos que resultaba discriminatorio, dicha conducta limitaba también su derecho a la información⁴⁵, ante ello, debemos indicar que, los proveedores se encuentran obligados por el deber de información⁴⁶, de poner a disposición de los consumidores y usuarios en general, toda aquella información que resulte adecuada, suficiente, necesaria y relevante, a efectos de que se pueda tomar una decisión informada de consumo, por lo que, el precio de los productos o servicios (en este caso de los platos y demás productos ofrecidos en la carta-menú), como en cualquier otra relación de consumo, resultaba ser un factor fundamental en la toma de aquella decisión.
92. Más aún, si resulta válido decir que la denunciada, aunque no lo haya expresado directamente -y ello resulta razonable- partía de la idea de que la mujer no necesitaba conocer los precios de los platos al momento de ordenar⁴⁷, pues ella sería la invitada en todos los casos. En ese sentido, creemos que el hecho de solicitar la carta azul con precios al mozo o a su acompañante o tener que recordar los precios de los platos desde que los leyó en la entrada, si bien es cierto no requería una acción extraordinaria, nos preguntamos ¿por qué debía ser únicamente la mujer y no el varón quién tendría que realizar tal acción?, si como ya hemos dicho, ambos se encontraban en la misma situación de igualdad.
93. Sobre dicho punto debemos dejar en claro que, en cualquier establecimiento comercial, v.gr. en los restaurantes, tanto varón como mujer, independientemente de quién ostente la calidad de invitado, anfitrión o de quien vaya a pagar la cuenta, tienen el derecho a ser tratados de igual manera, es decir, en un marco de igualdad en la relación de consumo, toda vez que, el hecho de que uno de ellos sea quien va a asumir la cuenta, no lo hace en ninguna circunstancia -como es lógico- acreedor de un mejor trato o de un trato preferencial.
94. Adicionalmente, consideramos que la Sala si bien no precisó ni analizó el caso teniendo en cuenta que la denunciada únicamente aceptó entregar cartas diferenciadas a las mujeres que asistían en pareja y no en ningún otro tipo de situación (si lo mencionó en el numeral 53 de la Resolución pero no analizó el caso teniendo en cuenta ese supuesto), y que a pesar de que el caso denunciado se habría tratado de una reunión familiar y no una celebración en pareja y en él se habrían entregado cartas diferenciadas, ello si bien podría haberse considerado al momento de analizar los criterios para graduar la sanción, -el hecho de que no discriminaba en todos los supuestos- no lo habría eximido de su responsabilidad administrativa por infracción al artículo 38° del CPDC.
95. Con relación al voto en discordia, debemos señalar que, los vocales consideraron que el hecho de que las mujeres no vean los precios de los platos, resultaba un acto de galantería, sin embargo, consideramos que un acto de galantería o cortesía no puede tener como resultado limitar o afectar un derecho, en este caso el de información, pues contrariamente a lo que señalaron, las mujeres no estaban en la posibilidad de conocer los precios en cualquier momento, ya que precisamente al momento de ordenar no podían conocer los precios de los platos, teniendo que pedirlo a su acompañante o al mozo, porque no concebimos la idea de que las mujeres tuviesen que memorizar los precios de cada plato al momento de entrar al local o de tener que acercarse nuevamente (incluso en varias oportunidades) para recordar alguno, lo cual evidentemente no resultaría razonable y lo cual, a nuestra consideración, si ameritaba un esfuerzo adicional.
96. Asimismo, debemos precisar que lo dicho, si bien no resulta razonable, es cierto que no requería -como ya hemos indicado- un esfuerzo o sacrificio sobrehumano, sin embargo,

⁴⁵ Literal b) del artículo 1° del CPDC.

⁴⁶ Numeral 2.1 del artículo 2° del CPDC.

⁴⁷ Hacemos esta precisión debido a que de lo actuado en el procedimiento, quedó acreditado que en la entrada del establecimiento comercial de LRN existía una carta con todos los precios de los productos.

creemos que ese no es el enfoque adecuado, ya que, debemos partir de la idea de que varón y mujer se encontraban en una situación de igualdad, por lo tanto, si el varón al momento de ordenar podía conocer los precios, la mujer también tendría que haberlo hecho, no existiendo justificación válida para no informarle de los mismos.

97. Respecto a que no se habrían tomado en cuenta otras situaciones, tal como si en una mesa fueran todas mujeres, es de indicar que, si bien la denunciada únicamente reconoció un trato diferenciado para una situación en específico (celebraciones en pareja) y que, en la Resolución de la Sala no se hizo tal precisión, resulta lógico considerar que, en los casos de reuniones de mujeres se entregaban cartas con precios, a pesar de que ello no quedo acreditado. No obstante, reiteramos que ello no eximía de responsabilidad a la denunciada.
98. Por lo tanto, creemos que LRN debía ser sancionada por infracción al artículo 38° del CPDC, en la medida que no logró acreditar una causa objetiva y razonable para brindar un trato diferenciado a las mujeres que acudían acompañadas de varones a su establecimiento comercial.
99. Sin perjuicio de lo antes enunciado, resulta pertinente señalar que, no nos encontramos de acuerdo con la Resolución de la Sala en el extremo de la graduación de la sanción y en el cálculo de la multa impuesta a la denunciada, conforme a los argumentos que pasamos a exponer.

III.4.1. La Sala impuso una multa de 50 UIT a LRN, a pesar de que el CPDC establece que la cuantía de la multa debía estar entre los 51 y 150 UIT por ser calificada como una infracción grave, aplicando incorrectamente el artículo 110° del CPDC

100. Al respecto, el artículo 10°⁴⁸ del TUO de la LPAG, establece cuáles son los vicios del acto administrativo que acarrear su nulidad de pleno derecho.
101. Sobre el particular, Morón (2019) indica que: *“(…) ante la constatada invalidez surge como directa consecuencia la nulidad, entendida como el castigo jurídico para los actos incursos en alguna causal privativa de los efectos jurídicos aspirados por su autor y que el acto estaba llamado a producir de no existir tal causal”* (p. 259).
102. El artículo 110°⁴⁹ del CPDC establece que el INDECOPI puede imponer sanciones que varían entre 50 y 450 UIT, según la calificación de las infracciones en leves, graves y muy graves.
103. En el presente caso, el error en la graduación de la multa consistió en que la Sala calificó la infracción como “grave” no obstante la sancionó como una “leve”, pues impuso a LRN una multa de 50 UIT a pesar de que el CPDC prevé que la cuantía de la multa debe oscilar entre 51 y 150 UIT para este tipo de infracciones, conforme se puede apreciar a continuación:

“82. Siendo así, los vocales que suscriben el presente voto consideran que la infracción cometida por la denunciada reviste una naturaleza grave, por lo que corresponde

⁴⁸ “Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
2. *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.*
3. *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.*
4. *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma”.*

⁴⁹ “Artículo 110.- Sanciones administrativas

El INDECOPI puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

- a. *Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.*
 - b. *Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.*
 - c. *Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.*
- (…)”.* (Subrayado agregado).

sancionar a la administrada con una multa mínima de 50 UIT y máxima de 150 UIT, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 110° del Código”.

104. En ese sentido, de conformidad con el numeral 1⁵⁰ del artículo 10° del TUE de la LPAG, al haber aplicado incorrectamente el artículo 110° del CPDC, la Sala incurrió en una causal de nulidad del acto administrativo en el extremo de la graduación de la sanción, el mismo que no puede ser subsanado pues no se encuentra en ninguno de los supuestos del artículo 14°⁵¹ de la norma antes citada.

III.4.2. La Sala incumplió con observar los criterios de graduación de la sanción, lo que implica una vulneración al Principio de Razonabilidad y al deber de motivación de las resoluciones administrativas, al no fundamentar adecuadamente la cuantía de la multa impuesta

105. Al respecto, sobre este punto es de indicar que advertimos dos vulneraciones:

- 1) La Ley (específicamente el numeral 3 del artículo 248° del TUE de la LPAG referido a los criterios de graduación de la sanción).
- 2) La debida motivación de las resoluciones administrativas.

106. De manera preliminar, debemos citar el artículo 112° del CPDC, el mismo que dispone lo siguiente:

“Artículo 112 - Criterios de graduación de las sanciones administrativas

Al graduar la sanción, el INDECOPI **puede** tener en consideración los siguientes criterios:

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

107. Asimismo, resulta pertinente traer a colación el numeral 3 del artículo 248° del TUE de la LPAG, el mismo que dispone que la Autoridad Administrativa **debe** observar los siguientes criterios al momento de graduar las sanciones:

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, **las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento**

⁵⁰ “ **Artículo 10.- Causales de nulidad**

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

(...)”. Subrayado agregado.

⁵¹ “ **Artículo 14.- Conservación del acto**

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

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

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

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

14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

(...)”.

calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor". (Subrayado y resaltado agregado).

108. Debe señalarse que, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 247^{o52} del TUO de la LPAG, los procedimientos especiales sancionadores no pueden imponer condiciones menores favorables a los administrados que las establecidas en dicha norma.
109. Por otro lado, el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG⁵³, recoge el Principio del Debido Procedimiento, el mismo que establece, entre otros, el derecho de los administrados a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.
110. En ese sentido, en atención al Principio de Legalidad⁵⁴ la Autoridad Administrativa debe actuar con respeto a la Constitución, a la ley y al derecho. Al respecto, Morón (2019) señala lo siguiente: "Aun cuando se ha mantenido la denominación tradicional de "legalidad" para referirnos a este principio, debe de reconocerse en verdad que la sujeción de la Administración es al Derecho y no solo a una de sus fuentes como es la ley, en lo que algunos autores prefieren denominar "juridicidad". Por imperio de este principio se debe entender que las entidades están sujetas (...) a todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta a los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por la ley formal, los actos administrativos de alcance general y, eventualmente, ciertos contratos administrativos" (p.80-81).
111. Ahora bien, como sabemos la afectación de derechos, -en este caso el desmedro económico impuesto por la multa- siempre ha de sustentarse en parámetros de razonabilidad, respetando para ello el Test de Proporcionalidad reconocido en diversos pronunciamientos del TC, tal como en la sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC⁵⁵.

⁵² **"Procedimiento Sancionador**

Artículo 247.- Ámbito de aplicación de este capítulo

247.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

247.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 248, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo". (Subrayado y resaltado agregado).

⁵³ **"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; **a obtener una decisión motivada, fundada en derecho**, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable, y, a impugnar las decisiones que los afecten". (Subrayado y resaltado agregado).

⁵⁴ **"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".

⁵⁵ "(...) El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien

112. Así, cabe resaltar que el Principio de Razonabilidad está estructurado por tres subprincipios: el juicio de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad, a partir de los cuales se puede determinar, conforme lo sostiene Morón (2019) la proporcionalidad de las medidas sancionadoras y permitir descalificar por exceso de punición, a aquellas sanciones que no la superen (p.416).
113. En el mismo sentido, Morón (2019) sostiene lo siguiente: “(...) *si la Autoridad Administrativa impone una sanción sin ponderar la existencia de todos y cada uno de los elementos de valoración explícitamente previstos en la normativa, hayan sido o no planteados por los administrados, o si habiéndolo realizado no lo refleja en la motivación transgrede el principio de razonabilidad de los actos públicos*” (p.411).
114. En el presente caso, la Sala graduó la multa en 50 UIT, debido al daño producido a las mujeres que acudieron a LRN durante los años de actividad económica:

*“81. Teniendo en cuenta lo señalado, esta Sala ha verificado que en el presente caso la conducta de LRN generó **un daño que afectó gravemente el interés colectivo o difuso de los consumidores, en este caso de las mujeres, que acudieron a su establecimiento comercial durante los años de actividad económica** que ha tenido, considerando que la empresa se reafirmó en todo momento que su política de atención al público siempre fue así (entrega de cartas diferenciadas a mujeres y hombres cuando acudían en pareja).
(...)*

83. Cabe mencionar que, en otras denuncias sobre discriminación la Sala ha impuesto multas de 50 UIT como máximo en atención a la conducta detectada.

84. En ese sentido, en miras de imponer una sanción ejemplar, a efectos de desincentivar que otros proveedores incurran en tan grave infracción, corresponde imponer a LRN una multa de 50 UIT, por incurrir en prácticas discriminatorias por razón de sexo.” (Subrayado y resaltado agregado).

115. Así, se advierte que la Sala utilizó el criterio del daño para la graduación de la sanción, señalando que <<LRN generó un daño que afectó gravemente el interés colectivo o difuso de los consumidores>>, sin embargo, no precisó el tipo de daño o la magnitud del mismo y solo se limitó a indicar que el acto causó un daño sin precisar cuál fue el daño causado ni como se materializó en la realidad, no analizándose ningún otro criterio para la graduación de la sanción, como por ejemplo: el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción o las circunstancias de la comisión de la infracción.
116. De igual modo, debemos indicar que el argumento de que <<en otras denuncias sobre discriminación la Sala ha impuesto multas de 50 UIT como máximo en atención a la conducta detectada>> no resulta ser un criterio válido para graduar la sanción, toda vez que, al momento en que la Autoridad Administrativa califique una infracción debe tener en cuenta las circunstancias y particularidades del caso en concreto, analizando las mismas en base al caso en particular y no tomando como referencia sanciones anteriores sobre la misma materia, pues, un caso por muy similar que parezca, siempre ha de tener sus propias cuestiones, lo cual amerita una evaluación caso por caso.
117. En consonancia con lo expuesto, radica allí la importancia de utilizar los criterios para la graduación de la sanción, los mismos que sirven como parámetros en la determinación de la cuantía a ser impuesta como multa al infractor. Máxime en los casos de discriminación en el consumo, donde no se puede dejar de tener en consideración, -conforme a lo expuesto por la propia Sala-, que hay tratos desiguales que implican un mayor grado de afectación a la dignidad de la persona y por tanto, resultarían más graves que otros y entonces sancionados con una

la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (...).”

multa mayor que las conductas calificadas como menos graves, lo cual a su vez debe encontrarse debidamente fundamentado y verse reflejado en la sanción impuesta.

118. En esa línea, sostenemos entonces que debe resultar obligatorio para la Autoridad Administrativa observar en todos los casos, cada uno de los criterios de graduación establecidos en la norma especial y en el TUO de la LPAG, toda vez que, con ello se salvaguarda el derecho de defensa de los administrados, que incluye el derecho a una debida motivación de las resoluciones administrativas conforme lo establece el Principio del Debido Procedimiento.
119. En ese orden de ideas, podemos señalar que a pesar de que el CPDC considere que la aplicación de los criterios para la graduación de la sanción tiene carácter facultativo, la Sala debió tener en consideración todos y cada uno de los criterios establecidos en la norma (tanto en el CPDC como en el TUO de la LPAG) al momento de graduar la sanción, siendo que su empleo tiene carácter de obligatorio -conforme a los fundamentos antes expuestos-, en aras de tutelar el derecho de los administrados a una decisión debidamente motivada y fundada en derecho, lo que significa no solo respetar el marco legal vigente, sino que ello constituye uno de los presupuestos fundamentales de un Estado Constitucional de Derecho.
120. Ahora bien, en el caso que no sea posible analizar uno de los criterios de graduación o no exista un criterio específico, la Autoridad está obligada a fundamentar los motivos por los cuales un criterio de graduación de la sanción no resulta aplicable al caso en concreto.
121. La referida conclusión ha sido compartida por la doctrina y en sendos pronunciamientos del TC como las recaídas en los Expedientes N° 090-2004-AA/TC y N° 2192-2004-AA /TC, en los cuales se expresó que: *“(…) el deber de motivar las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones”. “En la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes”.*
122. Por lo tanto, consideramos que la sanción impuesta no resulta proporcional al incumplimiento calificado como infracción, toda vez que no, se evaluaron los criterios para la graduación de la sanción establecidos en el artículo 112° del CPDC y en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, no tomándose en consideración al momento de la graduación de la sanción todos y cada uno de los criterios establecidos, los mismos que bien podrían haber atenuado la sanción impuesta.
123. En consecuencia, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 10° del TUO de la LPAG, al haber aplicado incorrectamente el numeral 3 del artículo 248° del mismo cuerpo legal, esto deviene en una causal de nulidad del acto administrativo en el extremo de la graduación de la sanción, la misma que no puede ser subsanada pues no se encuentra en ninguno de los supuestos de conservación del acto jurídico.

III.4.3. Evolución de los criterios del INDECOPI para resolver los casos de discriminación en el consumo

124. El Decreto Legislativo N° 716⁵⁶, también conocido como Ley de Protección al Consumidor (en adelante, LPC) fue el primer cuerpo normativo a nivel legal que propugnó los derechos de los consumidores en el Perú, sin embargo, cabe precisar que el mismo no recogió la figura de la discriminación en el consumo.

⁵⁶ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 07 de noviembre de 1991.

125. Fue recién en el año 1998 debido a denuncias periodísticas, que la Comisión de ese entonces, inició procedimientos de oficio contra las discotecas The Edge y The Piano, por restringir el acceso a sus establecimientos a determinadas personas por sus características físicas y raciales (rasgos mestizos), en tanto que no había obstáculo alguno para personas de otros rasgos (raza blanca), siendo sancionadas por infracción a los incisos b)⁵⁷, c)⁵⁸ y d)⁵⁹ del artículo 5° de la LPC. En ese ínterin, American Disco S.A. (titular de The Edge) había presentado una acción de amparo contra el INDECOPI por la presunta vulneración de entre otros, la libertad de contratación, siendo Merchant Investments Co. (titular de The Piano) litisconsorte en dicho proceso, declarándose fundada dicha acción, la Sala de ese entonces tuvo que disponer el archivo de dichos expedientes.
126. De igual modo, en ese mismo año se dieron a conocer los casos de otras discotecas: Sol y Luna, Delirium Café y Bauhaus, iniciando la Comisión procedimientos de oficio contra las mismas, es de indicar que se llevaron a cabo audiencias de conciliación ante la Sala de ese entonces y considerando la instancia que los conflictos habían sido resueltos y que los intereses de los consumidores se encontraban suficientemente garantizados con los acuerdos celebrados, procedió al archivo de los expedientes.
127. En síntesis, podemos colegir que en este tiempo se hizo referencia a la vulneración del deber de idoneidad en los casos de presuntas prácticas discriminatorias, no se hablaba de trato diferenciado lícito e ilícito, sino únicamente de discriminación.
128. Ahora bien, debemos indicar que los incisos imputados en los casos de las discotecas estuvieron mal imputados, debido a que la discriminación vulnera la dignidad de las personas y no el derecho a la información⁶⁰ ni a los intereses económicos de los consumidores⁶¹, por ello, consideramos que tampoco era posible conciliar como sucedió en los casos Sol y Luna, Delirium Café y Bauhaus, ya que la dignidad de la persona es un derecho de carácter indisponible. Sin perjuicio de ello, consideramos que en algunos supuestos -como sucedió en los casos de las discotecas-, la discriminación si vulneraría el derecho al acceso (inciso c. del artículo 5° de la LPC).
129. No obstante, en los demás supuestos en virtud de una interpretación finalista de la palabra acceso, el mismo podría ser vulnerado en cualquier etapa de la relación de consumo. Cabe resaltar que, en estos casos era posible sancionar a los proveedores por la vulneración al deber

⁵⁷ **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”.

⁵⁸ “c) Derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen”.

⁵⁹ “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”.

⁶⁰ **Artículo 1.-** 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”.

⁶¹ Definido en las STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f.j. 32; STC Exp. 3315-2004-AA/TC: f.j. 10. “Luis Sáenz refiere que el derecho a la protección de los intereses económicos busca “impedir que al momento de celebrar un acuerdo mediante el que se adquiere productos o se obtiene servicios, o incluso durante su propia ejecución, la parte ofertante resulte desproporcionadamente privilegiada, sea por desinformación del propio consumidor, sea por abuso de posiciones manifiestamente dominantes”. Sáenz (2003: p.123).

de idoneidad previsto en el artículo 8⁶² de la LPC. En consecuencia, se advierte que no era posible sancionar por el solo acto de discriminar.

130. Es con la entrada en vigencia de la Ley N° 27049⁶³, mediante la cual se precisa el literal d)⁶⁴ del artículo 5° y se agrega el artículo 7B⁶⁵ a la LPC, que se proscribió expresamente la discriminación en el consumo. En ese sentido, podemos mencionar algunos casos que se dieron a conocer en esa época: Mamá América, Aura y Café del Mar iniciados de oficio, Banco Continental, Sastrería Arbildo y Transportes Ancash, iniciados de oficio pero a instancia de parte, corresponde señalar que en casi todos los casos, la Comisión imputó el artículo 7B, salvo en los casos de Mama América y Transportes Ancash, donde adicionalmente se imputaron los incisos b), c) y d) del artículo 5° y 8° de la LPC, respectivamente.
131. A partir del análisis del artículo 7B de la LPC, se desprende que la norma ya distinguía entre discriminación, trato diferenciado lícito (cuando la causa obedecía a tranquilidad de sus clientes y seguridad del establecimiento y otros motivos objetivos y razonables) e ilícito cuando no se presentaban dichos supuestos.
132. De igual modo, es necesario indicar que en todos los casos excepto en el de Transportes Ancash se sancionó únicamente por discriminación, a pesar de que como ya hemos señalado, de la interpretación de la norma, precisamente el segundo párrafo del artículo 7B de la LPC, adicionalmente a la figura de discriminación, se contemplaba el trato diferenciado lícito e ilícito. No obstante, es de precisar que la jurisprudencia del INDECOPI reconocía a la discriminación como una única conducta infractora.
133. Sin embargo, es a partir del caso Transportes Ancash, que la Sala reconoció expresamente la existencia de un trato diferenciado ilícito distinto a la figura de la discriminación. Adicionalmente, debemos expresar que ninguno de estos casos terminó por conciliación.
134. En el año 2010, se publicó la Ley N° 29571⁶⁶ que aprobó nuestro vigente Código, que explícitamente regula la figura de la discriminación en su artículo 38°. Aquí podemos citar los casos de Plaza Hotel y Brittain College iniciados a instancia de parte, Asia Rock y BANBIF iniciados de oficio y, finalmente BBVA promovido a instancia de parte, cabe señalar que, hasta el caso de Asia Rock, la Sala consideraba la existencia de las figuras de trato diferenciado lícito, ilícito y la discriminación.
135. Es justamente con el caso BANBIF, en la **Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2019**, que la actual Sala, estableció un cambio de criterio respecto de la interpretación del artículo 38° del CPDC, señalando la existencia de un único tipo infractor: la discriminación, precisando 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

⁶² **Artículo 8.-** Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde”.

⁶³ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 31 de diciembre de 1998.

⁶⁴ “Precísese que al establecer el inc. d) del Art. 5 de la LPC, 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 motivos 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”.

⁶⁵ **Artículo 7B.-** Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

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

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

⁶⁶ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 02 de setiembre de 2010.

origine por temas vinculados a raza, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual deberá ser meritudo al momento de graduar la sanción que corresponda imponer contra el proveedor infractor⁶⁷.

III.4.4. Sobre el cambio de criterio adoptado por la actual Sala del INDECOPI

136. Como mencionamos, es con el caso BANBIF, que la Sala eliminó la figura del trato diferenciado ilícito como un tipo infractor distinto e independiente de la discriminación, en ese sentido, sin perjuicio de que el nuevo criterio no constituye un precedente de observancia obligatoria, todos los casos vinculados a esta materia que fueran posteriores a la publicación de dicha Resolución deberían ser analizados a la luz del nuevo criterio establecido, tal como sucedió en nuestro caso.
137. Ahora bien, a nuestra consideración, la Sala hace una interpretación contraria a lo que estableció el legislador en la redacción del artículo 38° y el mismo CPDC, e incluso contra lo que nuestro TC ha conceptualizado respecto a cómo debe ser entendido el derecho a la igualdad, conforme a los argumentos que pasamos a exponer.

III.4.5. Argumentos que sustentan el cambio de criterio

138. Al respecto, la Sala consideró que en atención a lo establecido en el artículo 2° de la Constitución y el artículo 38° del CPDC, no se realizaba una diferenciación de carácter normativo entre trato diferenciado ilícito y discriminación, por lo que, el tipo infractor contenido en dicho artículo debía ser entendido como una única figura jurídica que englobe cualquier conducta de los proveedores que afecte el derecho a la igualdad y se materialice en un trato discriminatorio hacia los consumidores.
139. Sobre este mismo punto, precisó que el cumplimiento del deber establecido en el artículo 38° del CPDC buscaba proteger el derecho de los consumidores a que se les brinde servicios o se les proporcione productos sin tratos desiguales, más allá de las condiciones que objetivamente resulten necesarias para el cabal cumplimiento de las prestaciones a cargo del proveedor.
140. Asimismo, la Sala consideró que dicho criterio se encontraba acorde con las reglas probatorias establecidas en el artículo 39° del CPDC, ya que, en los casos de procedimientos iniciados por denuncia de parte, le corresponde al consumidor afectado demostrar la existencia de un trato desigual sin que sea necesario su pertenencia a un grupo determinado, concluyendo la Sala que, el artículo precitado no realizaba ninguna diferenciación en los niveles de gravedad de una práctica discriminatoria.

III.4.6. Argumentos que sustentan nuestra posición

141. Como hemos indicado, consideramos que la posición de la Sala es errada, toda vez que, de la misma lectura del artículo 38° y de una interpretación sistemática del CPDC, podemos identificar plenamente la existencia de tres conductas: la discriminación, prevista en el numeral 1 del artículo 38°, el trato diferenciado ilícito y el trato diferenciado lícito previstos en los numerales 2 y 3, respectivamente.
142. En efecto, el numeral 1 del artículo 38°⁶⁸ establece la prohibición de discriminación, los numerales 2 y 3 establecen explícitamente la prohibición de excluir personas sin que medien

⁶⁷ Fundamento 28 de la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI de fecha 24 de julio del 2019. "Con relación al modo en el que debían analizarse las conductas donde existía un trato desigual que no se encontrara justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastaría 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". (Citado en la Resolución N° 2758-2019/SPC-INDECOPI).

⁶⁸ "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 es tos dentro o expuestos a una relación de consumo.

causas de seguridad del establecimiento, tranquilidad de los clientes o motivos afines y se señala que, el trato diferente debe fundamentarse en motivos objetivos y razonables y la atención preferente debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente debiendo existir una debida proporción entre el fin y el trato diferente que se otorga, entendiendo entonces que, de brindarse un trato desigual que no se sustente en una causa objetiva y razonable estaremos frente a un trato diferenciado ilícito, de lo contrario, si el trato desigual resiste dicho análisis, estaremos frente a un trato diferenciado lícito.

143. Por tanto, podemos indicar que, si desde un principio el legislador habría querido imputar todo trato desigual que no se fundamente en una causa justificada como discriminatoria -como lo pretende la actual Sala- no habría establecido la prohibición -de excluir personas-, pues esta conducta se encontraría ya contenida en el numeral 1, al tratarse -según el actual criterio-, de un acto discriminatorio.
144. En esa línea, es de indicar que la Sala realizó una interpretación literal del artículo 38° y no una interpretación sistemática del CPDC, toda vez que, del artículo 125°⁶⁹ del mismo cuerpo normativo, se observa que dicho artículo diferencia expresamente dos tipos de conductas: trato diferenciado ilícito y discriminación. Cabe acotar que, incluso mediante la última modificatoria a este mismo artículo⁷⁰, el legislador optó por mantener esta diferenciación.
145. Debe señalarse que, a diferencia de lo que ha sido preceptuado por la Sala, es importante reconocer la existencia de este tipo infractor y mantener esta diferenciación por las consecuencias jurídicas civiles y penales que devienen de la calificación de discriminatorios aquellos actos que fácticamente no lo son, porque no se fundamentan en motivos proscritos por nuestra Constitución.
146. Así, por ejemplo, un trato desigual por motivo de raza o condición económica, evidentemente sería un acto discriminatorio, a diferencia de un trato desigual basado en la enemistad o rivalidad existente entre el proveedor y el consumidor, lo cual si bien vulneraría el derecho a la igualdad y tendría que ser sancionado por ello, no afectaría la dignidad de ese consumidor, porque no parte de una valoración intrínseca o inherente de la persona, sino de un motivo irrazonable para brindar un trato diferente pero que no es discriminatorio, por tanto no se pueden equiparar conductas que si bien tendrían los mismos resultados tienen una motivación distinta.
147. Ahora bien, el artículo 39°⁷¹ nos habla de la existencia de un trato desigual, por lo que, si la intención del legislador habría sido reconocer un único tipo infractor habría indicado expresamente trato discriminatorio.

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". (Subrayado agregado).

⁶⁹**Artículo 125.- Competencia de los órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos de protección al consumidor (...)**

Asimismo, es competente para conocer los procedimientos por incumplimiento de medida correctiva, incumplimiento de medida cautelar e incumplimiento y liquidación de pago de costas y costos. 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 tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) o son inapreciables en dinero. (...)" (Subrayado agregado).

⁷⁰ Mediante el Decreto Legislativo N° 1390 publicado el 05 de setiembre de 2018, se modificó el segundo párrafo del artículo 125° del CPDC.

⁷¹**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".

148. Resulta pertinente indicar que, el criterio adoptado por la Sala se aleja de la interpretación realizada por el TC cuando ha establecido que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación⁷², por tanto, como ya hemos indicado, existirán otros supuestos de tratos diferenciados ilícitos, igualmente prohibidos en tanto no se justifiquen como criterios objetivos y razonables, pero que no constituyen actos discriminatorios (Baca, 2013, p. 39).

149. Conviene indicar que, la Sala en anteriores Resoluciones ya había reconocido la existencia de dos tipos infractores distintos, interpretando lo siguiente:

7. En la práctica los derechos antes citados se resumen en la obligación de los proveedores de brindar sus servicios o productos sin exclusiones o selección de clientela, más allá de las condiciones que objetivamente resulten necesarias para el cabal cumplimiento de sus prestaciones, lo que es particularmente relevante tratándose de establecimientos abiertos al público⁷³.

33. Los móviles detrás de una contravención a este deber pueden ser variados, desde la arbitrariedad restringida a un consumidor en particular hasta una situación de discriminación en términos constitucionales, que implicaría una condición de mayor gravedad para este tipo infractor pues a diferencia del simple trato desigual que implica una selección o exclusión arbitraria, en esta variante 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.

34. Aunque coloquialmente los consumidores puedan calificar como discriminación a cualquier trato diferenciado, la discriminación reviste una gravedad mayor dentro de este tipo de limitaciones pues aquí la restricción no sólo afecta el derecho a acceder o disfrutar los productos y servicios ofertados dentro de la dinámica regular de una economía social de mercado, sino que adicionalmente afecta la dignidad de las personas y socava las condiciones básicas para el desarrollo de una vida en sociedad.

35. En atención a lo expuesto y como ha señalado esta Sala en reiterados pronunciamientos, el artículo 7Bº de la Ley de Protección al Consumidor comprende ambas variantes al prohibir 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 trato diferenciado ilícito propio de la selección o exclusión injustificada de clientela⁷⁴.

150. En ese sentido, compartimos la postura del Dr. Amaya (2015) cuando señala que: “*En comparación con el trato diferenciado ilícito, la discriminación también es una forma de trato desigual y trasgresión al derecho a la igualdad, pero con ciertas diferencias. En el trato diferenciado ilícito, la negativa al acceso de productos o servicios se debe a motivos simples pero injustificados, irrazonables o subjetivos. Mientras tanto, en la discriminación los motivos son reprochables por la sociedad ya que subestiman las características de grupos humanos - mayoritarios o minoritarios- para convertirlos en seres inferiores, no dignos de contar con los mismos beneficios que otros. Es decir, se establecen clases para dar preferencia, poder y derechos a unos grupos en perjuicio de otros, todo lo cual no resiste a una normal convivencia en sociedad*” (p.29).

IV. Conclusiones

151. No estamos de acuerdo con lo resuelto por la Comisión en primera instancia administrativa, en tanto no analizó correctamente el hecho denunciado por la ACIP, respecto de si era o no discriminatorio la entrega de cartas diferenciadas.

152. En nuestro caso, consideramos que sí se vulneraba el derecho a la igualdad en las relaciones de consumo, toda vez que, mientras los varones que concurrían a LRN podían conocer los respectivos precios de los platos que se ofrecían en dicho local comercial, las mujeres que acudían en compañía de un varón -*conforme lo alegó la propia denunciada*- no podían hacerlo,

⁷² Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-PI/TC, fundamento 61.

⁷³ En la Resolución N° 0090-2012/SC2-INDECOP de fecha 12 de enero del 2012.

⁷⁴ En la Resolución N° 2808-2010/SC2-INDECOP de fecha 16 de diciembre del 2010.

teniendo que, o solicitar la carta azul que contenía los precios (a diferencia de la amarilla) o recurrir a la entrada del local a informarse de dichos precios.

153. Por lo tanto, consideramos que el hecho de entregar cartas sin precios a las mujeres que asistían acompañadas de un varón -conforme lo aceptó la propia denunciada- resultaba vejatorio del derecho a la igualdad, puesto que, tanto varón y mujer se encontraban en una situación de carácter horizontal, no existiendo un motivo razonable ni justificable, para no informar a las comensales el precio de los platos ofrecidos por LRN, más que un lamentable estereotipo de género.
154. Asimismo, el hecho de que no se haya informado en las cartas amarillas a las mujeres, sobre los precios de los platos ofrecidos por LRN -lo cual sí constituye una práctica discriminatoria- y vulnera el derecho a la información que tiene todo consumidor y que además se encuentra garantizado por el Estado (Artículo 65° de la Constitución), así como, el deber de información que tienen los proveedores respecto de los consumidores y usuarios (artículo 2° del CPDC) ello no vulnera en ningún caso el derecho a la propiedad.
155. Respecto a la vulneración del derecho a la vida digna y de propiedad alegados por LA ACIP, ni la Comisión ni la Sala se pronunciaron sobre tales afirmaciones, en ese sentido, conforme a los argumentos expuestos, coincidimos en que para nuestro caso, no resultaba relevante analizarlos, pues como hemos observado, no se vulneraron tales derechos.
156. En ese sentido, concordamos con la Sala en que LRN incurrió en una práctica discriminatoria por razones de sexo, al considerar arbitrariamente que las mujeres siempre asistiremos en calidad de invitadas a una cena o no pagaremos la cuenta (estereotipo de género) y que, por tanto no resultaba necesario conocer los precios de los platillos al momento de ordenar el pedido.
157. No coincidimos con la Sala en el extremo de la graduación de la sanción, en tanto aplicó erróneamente la cuantía de la multa según el artículo 110° del CPDC, al haber calificado la infracción como grave pero haberla sancionado con 50 UIT (infracción leve), a pesar de que el CPDC prevé que la multa para infracciones graves debe oscilar entre los 51 y 150 UIT, incurriendo así en una causal de nulidad del acto administrativo en este extremo.
158. En esa línea, consideramos que la Sala no observó los criterios para la graduación de la sanción en el caso materia de análisis, lo que implica una vulneración al Principio de Razonabilidad y al deber de motivación de las resoluciones administrativas, al no fundamentar adecuadamente la cuantía de la multa impuesta, por ejemplo, señaló la existencia de un daño, pero no explicó en qué consistió o cómo se materializó el mismo.

V. Bibliografía

V.1. Libros, artículos y revistas

Amaya, L. (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito. Jurisprudencia del INDECOP*. Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor. INDECOP, Lima. Recuperado de <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminaci%C3%B3n+en+el+Per%C3%BA/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094>

Baca, V. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Vol. 1: Protección al Consumidor, INDECOP. Lima.

Castillo, L. (2017). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra Editores 3° ed. Lima.

Espinoza, J. (2002). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Gaceta Jurídica, Lima.

Fernández, F. (1996). *El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español. En Derechos Humanos de las mujeres, varios autores*. Lima: Movimiento Manuela Ramos.

Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*, Colección "Lo esencial del Derecho N° 2. 1ª Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Lima.

Martin Tirado, R. (2014). *El rol del denunciante en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores. Praeceptum*. Año 1. Número 1. INDECOPI, Lima.

Martin Tirado, R. (2014). *Serie Módulos Instruccionales N° 2 Procedimiento Administrativo Sancionador*. INDECOPI, Lima.

Morón, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. Tomo II. 14ª edición. Gaceta Jurídica. Lima.

Tirado, J. A. (2015). *El desistimiento del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador*. (Especial énfasis en el caso del procedimiento sancionador en materia de protección al consumidor). *Praeceptum* N° 2, Año 2. 1era. Ed. INDECOPI. Lima.
Recuperado de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/7740>

Valega, C. (2020). *Diagnóstico sobre los estereotipos de género en el consumo y la publicidad en el Perú*. INDECOPI, Publicación electrónica. Primera edición. Lima. Recuperado de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3749566/Diagramaci%C3%B3n+Diagn%C3%B3stico+PNUD+-+Indecopi-diciembre2020+%281%29.pdf/5259b052-9392-84ea-6a70-6eb8528fedb>

V.2. Marco legal revisado

Constitución Política del Perú.

Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley N° 29571.

Decreto Legislativo N° 807 - Facultades, normas y organización del INDECOPI

Decreto Legislativo N° 1033 que aprueba la ley de organización y funciones del INDECOPI

Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237.

Código Civil - Decreto Legislativo N° 295.

Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil - Decreto Legislativo N° 768.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/CC2

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR –
SEDE LIMA SUR N° 2

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : [REDACTED]
[REDACTED] (ACIP)

DENUNCIADA : [REDACTED]

MATERIA : DISCRIMINACION

ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE RESTAURANTES Y DE SERVICIO
MÓVIL DE COMIDAS

SUMILLA: *Se revoca la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por [REDACTED] (ACIP) contra [REDACTED]; y, en consecuencia, se declara fundada la misma, por infracción del artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que la denunciada entregaba cartas de comida diferenciadas para hombres y mujeres, sin una justificación válida, incurriendo de dicho modo en una práctica discriminatoria. Ello, en la medida que las cartas para los hombres (cartas azules) contaban con los respectivos precios de los platos, mientras que las cartas para las mujeres no contenían tales precios (cartas amarillas).*

SANCIÓN: 50 UIT

Lima, 4 de octubre de 2019

ANTECEDENTES

1. El 23 de julio de 2018, [REDACTED] (ACIP) (en adelante, la Asociación) denunció a [REDACTED]¹ (en adelante, [REDACTED]), por presunta infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código) en los siguientes términos:
 - (i) El 27 de noviembre de 2017, detectó que [REDACTED] entregaba a los comensales dos cartas distintas, azul para los hombres y amarilla para las mujeres, siendo que las cartas azules contenían la descripción de los platos ofrecidos y sus respectivos precios, mientras que las amarillas solo tenían la descripción de los platos, pero no los precios;
 - (ii) lo anterior evidenciaba que para [REDACTED] las mujeres no tenían derecho a conocer los precios de los productos que expendían, y por ende los únicos que podían saber los precios eran los hombres, quienes se encargaban a su vez de pagar la cuenta;

¹ RUC: 20111035378. Domicilio fiscal en: Vía Costa Verde Espigón Nro. 4 (Circuito de Playas de la Costa Verde) – Miraflores – Lima – Lima.

- (iii) [REDACTED] incurrió en un trato diferenciado sin causa objetiva, pues entregó cartas amarillas, sin precio, a las mujeres, por el solo hecho de ser mujeres, aun cuando el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Perú y el artículo 38° numeral 1 del Código prohibían la discriminación por motivos de sexo;
 - (iv) conforme a lo expuesto, la denunciada vulneró los derechos a la igualdad y la vida digna de las mujeres que acudían a su restaurante, por el solo hecho de ser mujeres, que no estaban en la posibilidad de pagar sus cuentas, ni valerse por sí mismas; y,
 - (v) solicitó que [REDACTED] fuera sancionada por incurrir en actos discriminatorios contra la mujer por dicha condición; y, además, que se le ordenara a la empresa que se abstuviera de discriminar a las mujeres que acuden a su local, debiendo entregar cartas iguales a todo consumidor. Asimismo, pidió que la denunciada efectuara el pago de las costas y costos del procedimiento.
2. Mediante Resolución 1 del 3 de agosto de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Secretaría Técnica) imputó a título de cargo contra [REDACTED] la siguiente conducta:
- “Admitir a trámite la denuncia del 23 de julio de 2018, interpuesta por la [REDACTED] contra la [REDACTED] por presunta infracción al artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el proveedor denunciado pondría a disposición de los consumidores Cartas – Menú de características diferenciadas (la Carta – Menú de los hombres consigna el precio de los productos ofrecidos y la Carta – Menú de las mujeres no) en su local comercial”.*
3. El 11 de setiembre de 2018, [REDACTED] presentó sus descargos, alegando lo siguiente:
- (i) Su restaurante contaba con más de 30 años en el mercado peruano, constituyéndose así en un lugar de tradición e historia, considerado por muchos especialistas en el rubro gastronómico como unos de los mejores restaurantes, caracterizado por brindar un servicio de excelencia y de calidad en la atención al cliente;
 - (ii) la estratégica ubicación de su local además de servir para reuniones de negocios, familiares o amicales brindaba un ambiente especial, acogedor y romántico para las celebraciones entre parejas, como por ejemplo, aniversarios, cumpleaños o cualquier otro momento especial para una pareja, siendo de conocimiento público que el local era escogido por muchos de sus consumidores justamente para este tipo de celebraciones, tal como se verificaba en las múltiples opiniones dejadas en su página web;



- (iii) solo en esos casos, su política interna les permitía – a fin de mantener un ambiente romántico y acogedor – proporcionar una carta diferenciada a la mujer y el hombre. Ello, no implicaba ningún tipo de discriminación por sexo ni otro motivo similar, pues únicamente se buscaba enaltecer la posición de una mujer dentro de una pareja, considerando como una forma de halago el hecho de que pueda pasar una velada romántica y agradable sin tomar en cuenta el costo de los servicios;
- (iv) resultaban inadmisibles e infundadas las afirmaciones de la parte denunciante, pues su postura de ninguna manera implicaba una discriminación a sus comensales del sexo femenino, sino todo lo contrario;
- (v) existían otros supuestos en los cuales a todos los clientes de una mesa se les entregaba la misma carta (con precios), como era el caso por ejemplo de reservas realizadas por un grupo conformado exclusivamente por mujeres, o reservas de grupos integradas por personas de ambos sexos, en los cuales se advirtiera una relación de amistad o laboral, es decir no relación de pareja;
- (vi) la diferenciación que se realizaba en aplicación de sus políticas internas no constituía un acto de discriminación por motivo de sexo, pues no se les brindaba a las mujeres una carta sin precios por el solo hecho de ser mujer, sino en atención a la situación en particular, que guardaba relación con el ambiente romántico que se pretendía brindar como un distintivo de su servicio;
- (vii) sobre la aplicación de políticas internas, existían pronunciamientos en los cuales se señalaba que el hecho de que una empresa realizara acciones en beneficio de determinado grupo de clientes no constituía un acto de discriminación, sino una estrategia comercial de fidelización . Este criterio fue recogido en los casos en los que se cuestionaba un trato distintivo que se daba a los clientes de las entidades financieras en comparación a los que no lo eran, al momento de realizar alguna operación, siendo que los primeros eran atendidos con mayor celeridad;
- (viii) la carta con precios se encontraba al ingreso del local a libre disposición y conocimiento de todos sus clientes, incluidas las del sexo femenino, lo cual fue constatado notarialmente el 29 de agosto de 2018, evidenciándose así que no existía vulneración alguna al principio de igualdad, en tanto todos podían acceder a dicha información; y,
- (ix) existían otras situaciones en la que se brindaba un trato halagador a la mujer que, en línea con lo sostenido por [REDACTED] constituirían también un acto de discriminación por razón de sexo, tales como el hecho de que el *valet parking* de casi todos los restaurantes de Lima abriera la puerta del auto a las mujeres, o cuando el personal del salón retiraba la silla para ayudarlas a sentarse, en tanto se podría considerar que no estarían en capacidad de hacerlos solas; no obstante, todo ello

brindaba un trato favorecedor y no perjudicial a las mujeres, justamente porque se resaltaba su calidad e importancia dentro de la sociedad.

4. Por escrito del 13 de noviembre de 2018, [REDACTED] absolvió los descargos presentados por [REDACTED], resaltando que la denunciada reconoció que entregaba cartas diferenciadas a hombres y mujeres cuando acuden en pareja.
5. En respuesta a dicho escrito, el 30 de noviembre de 2018, [REDACTED] insistió en que en su local no se le negaba a nadie el derecho a conocer los precios, pues existía una carta azul en la entrada del restaurante, que era de fácil acceso para todos los comensales, siendo que solamente en casos en que acudía una pareja a pasar un momento romántico se les entregaba cartas diferenciadas a hombres y mujeres.
6. Mediante Resolución 0271-2019/CC2 del 8 de febrero de 2019, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación contra [REDACTED], por presunta infracción del artículo 38° del Código, en tanto no quedó acreditado que la entrega de cartas distintas en el restaurante de la denunciada obedeciera a un acto de discriminación contra las mujeres.
7. El 21 de marzo de 2019, [REDACTED] interpuso recurso de apelación contra la Resolución 0271-2019/CC2, reiterando lo señalado en su denuncia y, a su vez, sostuvo lo siguiente:
 - (i) La decisión de la Comisión era incorrecta, en tanto el artículo 38° del Código señalaba expresamente que se estaba ante una práctica discriminatoria cuando no se aplicaban las mismas condiciones comerciales a los consumidores que se encontraban en una situación de igualdad, lo cual hizo [REDACTED] al entregar cartas diferenciadas a las parejas que acudían a su local;
 - (ii) la Comisión no tuvo en consideración por qué la mujer, a diferencia del hombre, debía solicitar una nueva carta con precios o volver a la entrada del restaurante para ver los precios; no se estaban aplicando las mismas condiciones comerciales a los hombres y mujeres;
 - (iii) el grave comportamiento discriminatorio de [REDACTED] no fue advertido por la Comisión, generando agravios no solo a [REDACTED] sino también a todas las comensales del restaurante denunciado pasadas y futuras; y,
 - (iv) la Comisión validó que la denunciada contaba con una carta con precios a la entrada de su local; no obstante, no tuvo en cuenta que la constatación notarial fue del 29 de agosto de 2018, siendo que la denuncia fue planteada el 23 de julio de 2018, por lo que no se podía sostener que todos los consumidores tenían acceso a los precios de sus platos, vulnerándose así el principio de verdad material.

8. Por escrito del 17 de junio de 2019, [REDACTED] absolvió el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] señalando lo siguiente:
- (i) Sus cartas no tenían ninguna indicación, nombre o identificación que estableciera que las azules solo se podían entregar a los hombres, que las cartas amarillas se debían entregar a todas las comensales mujeres sin excepción alguna; es decir, en su local no había una carta específicamente para el hombre por el hecho de ser hombre, ni una carta para la mujer por el solo hecho de serlo;
 - (ii) aplicaba su política interna, traducida en la entrega de una carta diferenciada, solo cuando se trataba de cenas románticas entre parejas, celebraciones, aniversarios, cumpleaños o cualquier otra fecha especial para una pareja, lo cual no constituía un acto de discriminación, pues no se les brindaba a las comensales una carta sin precios por el solo hecho de ser mujer, sino que ello solo ocurría cuando se buscaba propiciar un ambiente romántico, que pretendía brindar como un distintivo de su servicio;
 - (iii) era un restaurante que se caracterizaba principalmente por contar en su diseño, arquitectura, colores y esencia en general, con detalles que guardaban relación con la delicadeza de la mujer, pues su único objetivo era enaltecerla y halagarla;
 - (iv) [REDACTED] no presentó pruebas de que en su local solo se aceptaban pagos realizados por hombres, además no tenían ni un solo reclamo de alguna clienta que cuestionara el impedimento de pago, pues ello obedecía a que no se consideraba que los hombres eran los únicos que podían pagar los servicios ofrecidos; y,
 - (v) correspondía a la parte denunciante acreditar sus afirmaciones, lo cual no había hecho [REDACTED], en tanto no ha presentado ningún medio probatorio que demostrara la presunta discriminación invocada y, por otro lado, que no contara con una lista de precios en la entrada de su local.
9. En la misma fecha, [REDACTED] presentó un escrito solicitando que se convocara a las partes a una audiencia de informe oral.
10. Por escrito del 2 de agosto de 2019, [REDACTED] presentó un escrito señalando lo siguiente:
- (i) No era la primera vez que un restaurante discriminaba a las mujeres, dándoles cartas sin precios. Agregó que existía un caso en Estados Unidos (1980) contra el restaurante francés *L' Orangerie*, muy similar al presente, en donde se alegó que se realizaba la distinción entre hombres y mujeres por un acto de cortesía, siendo que por tal motivo, se le ordenó al local que dejara de realizar tal distinción, por lo que a partir de ese momento comenzó a entregar las cartas, con precios o sin

- ellos, al anfitrión del grupo de los comensales, a fin de que este entregase a quien correspondiese la carta correspondiente;
- (ii) el hecho de que [REDACTED] no utilizara esta estrategia comercial o no se permitiera que fuera la propia pareja quien decidiera cómo repartir las cartas diferenciadas solo llevaba a que el local siempre asumiera que las mujeres no eran las que pagarían la cuenta; y,
 - (iii) no podía ser romántico el hecho de que a las mujeres no se les alcanzaran la carta de platos con precios; solo les privaba de un dato que afectaba su decisión de consumo.

ANÁLISIS

Cuestión previa: Sobre la solicitud de informe oral

11. Durante la tramitación del procedimiento en segunda instancia, [REDACTED] solicitó a la Sala que se le conceda una audiencia de informe oral.
12. Sobre el particular, es necesario precisar que el artículo IV numeral 1°.2 del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General), desarrolla el principio del debido procedimiento, el mismo que, entre otros, garantiza el derecho de los administrados a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, así como a solicitar el uso de la palabra².
13. Si bien la solicitud del uso de la palabra es una de las expresiones del principio del debido procedimiento; no obstante, la evaluación de dicho pedido deberá realizarse a la luz de lo señalado sobre la normativa especial existente, siendo que, en el caso de los procedimientos seguidos ante el Indecopi, el artículo 16° del Decreto Legislativo 1033 dispone que las Salas podrán convocar o denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante resolución debidamente motivada³.

² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo.**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.2. Principio del debido procedimiento. Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo. (...)

³ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 16°.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal.**



14. En ese sentido, es facultad discrecional de esta Sala citar a las partes de un procedimiento a informe oral, sea a pedido de parte o de oficio, siendo que dicha actuación, al ser de carácter facultativo, no obliga a la autoridad administrativa a convocar a estas a informe oral en todos los procedimientos de su conocimiento, pudiendo inclusive denegar las audiencias solicitadas por los administrados.
15. Por tanto, la denegatoria de un pedido de informe oral no involucra una contravención al principio del debido procedimiento ni al derecho de defensa del administrado, en la medida que las disposiciones legales sobre la materia otorgan dicha facultad a la autoridad administrativa. Además, las partes del procedimiento pueden desplegar su actividad probatoria a través de la presentación de alegatos y documentos, los mismos que serán evaluados al momento de resolver el caso en concreto.
16. En la misma línea, mediante Resolución 16 del 2 de diciembre de 2016, recaída en el Expediente 7017-2013⁴, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, indicó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35° del Decreto Legislativo 807, Ley que aprueba las Facultades, Normas y Organización del Indecopi, una vez puesto en conocimiento de la autoridad administrativa lo actuado para la resolución final, las partes pueden solicitar la realización de un informe oral, siendo que la actuación o la denegatoria del mismo quedará a criterio de la Administración que resuelva el caso, según la importancia y trascendencia del caso.
17. El órgano jurisdiccional bajo mención determinó que, según lo dispuesto en la normativa aplicable a los procedimientos a cargo del Indecopi, la convocatoria a una audiencia de informe oral es una potestad de la autoridad administrativa, mas no una obligación, considerando además que no hay necesidad de actuar dicha audiencia cuando se estime que los argumentos expuestos por las partes y las pruebas ofrecidas son suficientes para resolver la cuestión controvertida.
18. En virtud de lo anterior, considerando que en el presente caso obran en autos los elementos de juicio suficientes a efectos de emitir un pronunciamiento, así como que [REDACTED] ha podido exponer y sustentar su posición a lo largo del procedimiento, corresponde denegar el pedido de uso de la palabra planteado por la denunciante.

16.1. Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada. (...)

⁴ Archivado definitivamente según lo dispuesto en la Resolución 17 del 16 de marzo de 2017.

El voto del señor vocal Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas y la señora vocal Roxana María Irma Barrantes Cáceres es el siguiente:

Sobre la prohibición de discriminación en el consumo

Marco teórico general

19. En el ordenamiento jurídico peruano, el derecho a la igualdad ha sido reconocido expresamente en el numeral 2 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, que establece en forma expresa y clara lo siguiente:

“Artículo 2º.- 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 cualquier otra índole. (...)”

20. En relación con el mandato establecido en el artículo 2º de la Constitución, en diversa jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que la igualdad ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo⁵. En su calidad de principio, constituye el enunciado de un componente axiológico del ordenamiento constitucional, que vincula y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho subjetivo, se constituye en un derecho fundamental que reconoce la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad oponible a un destinatario. Por ello, se ha señalado que la igualdad se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, orientación sexual, condición económica, entre otros) o por otras que jurídicamente resulten relevantes.
21. El derecho a la igualdad, al proyectarse a lo largo de todo el ordenamiento legal, se manifiesta como derecho objetivo también en la regulación especial sobre protección al consumidor. De este modo, el artículo 1º.1 literal d) del Código señala que los consumidores tienen derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial, prohibiéndose expresamente la posibilidad de ser discriminados por los mismos motivos establecidos en el artículo 2º de la Constitución, así como por otros de cualquier índole⁶.
22. En este contexto preceptivo, el artículo 38º del Código establece la cláusula normativa según la cual los proveedores se encuentran prohibidos de

⁵ Ver sentencias recaídas en los expedientes 0045-2004-AA/TC (acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 3º de la Ley 27466) y 05157-2014-PA/TC (proceso de amparo interpuesto por la señora María Chura Arcata contra la resolución expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno).

⁶ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Artículo 1º.- Derechos de los consumidores.

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

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. (...)

establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen, así como de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento, tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas⁷.

23. En este punto es importante mencionar que, mediante Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2019, este Colegiado realizó un **cambio de criterio** en relación al modo en el que debían analizarse las conductas donde existía un trato desigual que no se encontrara justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastaría 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.
24. Así, el Colegiado resaltó que el razonamiento planteado en dicho pronunciamiento no implicaba desconocer que existían actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que era posible que se configurara un trato desigual que implicara 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, sexo, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual debía ser meritudo al momento de graduar la sanción que correspondía imponer contra el proveedor infractor.
25. Ahora bien, respecto a las reglas probatorias determinadas por el legislador peruano para los casos de discriminación en el consumo, el artículo 39° del Código señala que:

“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

⁷

LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

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.



prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.”

26. Por ello, para los casos de procedimientos iniciados por una denuncia de parte, corresponderá al consumidor afectado demostrar la existencia del trato desigual sin que sea necesario que pertenezca a un grupo determinado. Luego de ello, será el proveedor quien deberá acreditar la existencia de una causa objetiva que justifique razonablemente la práctica cuestionada; y, si se supera este nivel probatorio, el denunciante deberá comprobar ante la autoridad que la causa alegada es un pretexto o una simulación para realizar la práctica discriminatoria.
27. De igual modo, en los procedimientos iniciados de oficio corresponderá a la autoridad comprobar la existencia del trato desigual para que, posteriormente, el administrado presuntamente infractor acredite la existencia de una causa objetiva que justifique la práctica analizada. Finalmente, confirmada esta causa, la autoridad nuevamente deberá demostrar que la causa alegada es un pretexto o una simulación para incurrir en la práctica discriminatoria.
28. De acuerdo con lo expuesto, en consonancia con el cambio de criterio definido por este Colegiado, el artículo 39° no realiza ninguna diferenciación en los niveles de gravedad de una práctica discriminatoria; y, por ende, los órganos resolutivos de protección al consumidor, al momento de analizar un trato desigual por parte de los proveedores, deberán ceñirse a las reglas probatorias reseñadas para verificar la comisión de la conducta infractora. Una vez comprobada ella, podrán determinar el nivel de gravedad de la misma, para graduar y, de ser el caso, aplicar una sanción más drástica en función de la práctica discriminatoria acreditada.

Sobre el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, y la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

29. El artículo 55° de la Constitución Política del Perú dispone que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Asimismo, la Cuarta Disposición final y transitoria de la Carta Magna establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú . Debe precisarse que según el artículo 56° de la Constitución los tratados que versan sobre derechos humanos deben ser aprobados por el Congreso de la República antes de su ratificación⁸.

⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**
Artículo 55°.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

30. Dicho lo anterior, para el caso en concreto es importante remitirse en primer lugar a la Carta de las Naciones Unidas (preámbulo) que establece, entre los objetivos básicos, el de *“reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”*, y se proclama que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas *“sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”*⁹.
31. De manera similar, el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹⁰, el artículo 2.1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹¹, el artículo 2.2° del Pacto Internacional

Artículo 56°.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

(...)

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

(...)

Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

⁹ **CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.**

(...)

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a **reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres** y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, (...).

CAPITULO I

PROPOSITOS Y PRINCIPIOS.

Artículo 1°: Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

(...)

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

¹⁰ **PACTO DE SAN JOSÉ. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.**

(...)

Artículo 1°.- Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, o rigén nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

¹¹ **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.**

(...)

Artículo 2°



de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹² y el artículo 3° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³, establecen que los derechos enunciados en ellos son aplicables a todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

32. En ese sentido, la prohibición de discriminación es una obligación general de los Estados en materia de derechos humanos, que les impide privar el goce o el ejercicio de los derechos humanos a personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, ya sea por motivos de origen, sexo, raza, color, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.
33. Es importante resaltar que no todo trato desigual es una discriminación constitucionalmente prohibida, puesto que no basta con que la norma establezca una desigualdad, sino que esta no pueda ser justificada objetivamente. A propósito de lo anterior, resta decir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”¹⁴.
34. Pues bien, de manera consecutiva, cabe destacar que la protección de la igualdad de derechos de la mujer ha sido ampliada y reforzada con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM), que fue aprobada por la Asamblea General de las

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹² **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.**

(...)

Artículo 2°

(...)

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹³ **PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.**

(...)

Artículo 3°

Obligación de no Discriminación

Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, o opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁴ Opinión Consultiva OC-04/84. Ver:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1267.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1267>

Naciones Unidas, siendo suscrita por el Estado Peruano¹⁵, por lo que, forma parte de la legislación nacional y además es un criterio de interpretación de los derechos y libertades que la Constitución, como la nuestra, reconoce.

35. Respecto del contenido de la CEDM, en su artículo 1°, se establece que la expresión “discriminación contra la mujer” denota toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.
36. Para efectos del caso, conviene destacar que el artículo 5° de la Convención obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.
37. Hasta lo aquí expuesto, se evidencia que la prohibición internacional de discriminación basada en el sexo busca promover la igualdad real de las mujeres. Acorde con este propósito, el Estado peruano ha asumido la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer, eliminando, por un lado, los obstáculos que impiden el ejercicio pleno del derecho a la igualdad y, por otro lado, dando a las mujeres oportunidades de entablar acciones y pedir protección frente a la discriminación, tanto en la esfera pública como en el ámbito privado.
38. En virtud de esta obligación, en el plano nacional, se estableció en el artículo 4° del Código Civil Peruano lo siguiente:

“(…)

Derechos de la Persona.

(…)

Artículo 4°.- El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

(…)”

39. Asimismo, en específico, el Estado emitió la Ley 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (12 de marzo de 2007), la cual tiene

¹⁵ El 1 de junio de 1982 el Congreso de la República del Perú emitió la Resolución Legislativa que aprobó la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”, a su vez el Presidente de la República promulgó la Resolución Legislativa 23432 aprobando dicha Convención el 5 de junio de 1982.

como objeto establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad.

40. En dicha norma, se advierte que por discriminación se debe entender lo siguiente:

“(...)

Para los efectos de la presente Ley, se entiende por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano.

(...)” (el subrayado es nuestro)

41. Además, se aprecia que la Ley en mención está basada en los principios fundamentales de igualdad, respeto por la libertad, dignidad, seguridad, vida humana, así como el reconocimiento del carácter pluricultural y multilingüe de la nación peruana, considerando básicamente, entre otros, los siguientes principios:

“(...)

a) El reconocimiento de la equidad de género, desterrando prácticas, concepciones y lenguajes que justifiquen la superioridad de alguno de los sexos, así como todo tipo de discriminación y exclusión sexual o social.

(...)” (el subrayado es nuestro)

42. Finalmente, la Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres dispone que es rol del Estado el promover y garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, adoptando todas las medidas necesarias que permitan remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de este derecho, con el fin de erradicar todas las formas de discriminación.

43. A nivel jurisprudencial, en línea con lo dispuesto por la normativa citada, el Tribunal Constitucional (Expediente 05652-2007-PA/TC) ha sostenido lo siguiente:

“(...)

47. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminaciones directas, a



través de la cual toda norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.

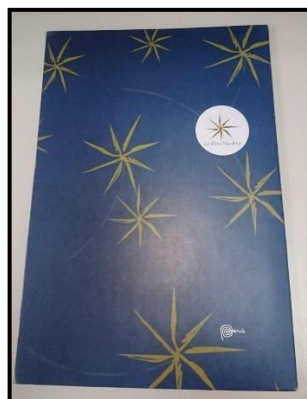
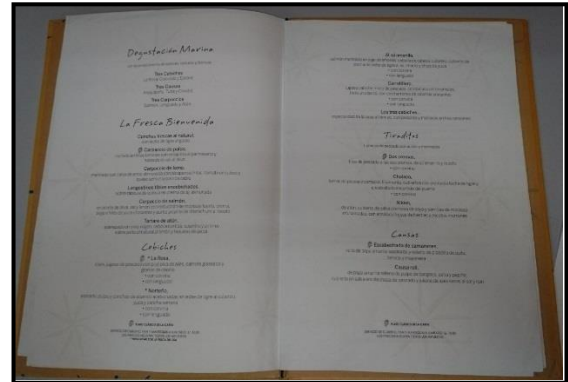
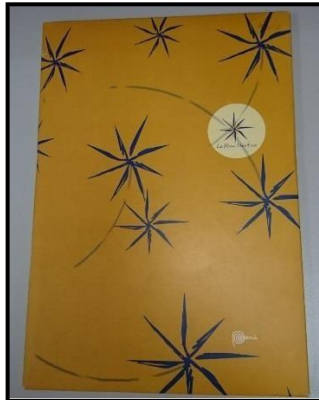
48. De este modo, en el caso de las mujeres la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica. Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, se ha previsto la prohibición de todo tipo discriminación por razón de sexo.

(...)” (el subrayado es nuestro).

44. En conclusión, los vocales que suscriben el presente voto observan que la normativa nacional, acorde con lo dispuesto por el ordenamiento supranacional, busca garantizar a mujeres y hombres el ejercicio pleno de su derecho a la igualdad, por lo que se entenderá por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar y/o limitar el goce y/o ejercicio de cualesquiera de sus derechos por dicha condición.
45. Siendo así y en una lectura en conjunto con lo dispuesto, a su vez, por el Código (conforme se desarrolló en el acápite anterior), de verificarse que un proveedor brinda un trato diferenciado basado en el sexo que menoscabe, restrinja o limite el goce o ejercicio de cualesquiera de sus derechos, entre ellos el de información, sea de hombres o de mujeres, deberá ser sancionado, en tanto la conducta analizada es contraria a las normas nacionales e internacionales.

Aplicación al caso en concreto

46. [REDACTED] denunció que [REDACTED] entregaba a los comensales dos cartas distintas, azul para los hombres, y amarilla para las mujeres. Las cartas azules contenían la descripción de los platos y sus respectivos precios, y las amarillas solo tenían la descripción de los platos, más no sus precios. Ello, evidenciaba un trato discriminatorio contra las mujeres, quienes al igual que los hombres tenían derecho a conocer los precios de los productos que consumían, en tanto estaban en la posibilidad de pagar sus propias cuentas.
47. Para acreditar sus afirmaciones, la denunciante presentó fotografías de las cartas de comida (amarilla y azul) que entregaba la denunciada a sus comensales, así como un video filmado al interior del establecimiento, tal como se aprecia a continuación:



48. Acorde con el hecho denunciado, la Comisión admitió la denuncia en con tra de [REDACTED] en los siguientes términos:

“Admitir a trámite la denuncia por presunta infracción al artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el proveedor denunciado pondría a disposición de los consumidores Cartas – Menú de características diferenciadas (la Carta – Menú de los hombres consigna el precio de los productos ofrecidos y la Carta – Menú de las mujeres no) en su local comercial”.

49. Teniendo en cuenta los términos de la denuncia y la conducta imputada, a efectos de realizar una evaluación probatoria ordenada y acorde con las reglas establecidas por el artículo 39° del Código, el cual determina expresamente la forma cómo debe examinarse una presunta infracción por discriminación en el consumo, este Colegiado verificará en primer lugar la existencia del trato desigual que brindaría [REDACTED] al momento de entregar las cartas de comida a sus comensales.
50. Al respecto, tanto en sus descargos como en su absolución de apelación, [REDACTED] sostuvo que la estratégica ubicación de su local además de servir para reuniones de negocios, familiares o amicales, brindaba un



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/CC2

ambiente especial, acogedor y romántico para las celebraciones en tre parejas, como por ejemplo, aniversarios, cumpleaños o cualquier otro momento especial para una pareja, siendo que solo en esos casos, su política interna les permitía – a fin de mantener un ambiente romántico y acogedor – proporcionar una carta diferenciada a las mujeres (amarilla) y los hombres (azul).

51. Con lo sostenido por la denunciada, se comprueba la existencia de un trato desigual para hombres y mujeres y, con ello, el primer filtro establecido por la dinámica probatoria del artículo 39° del Código.
52. Superado el primer filtro de análisis, corresponde revisar los argumentos presentados por la denunciada durante todo el procedimiento orientados a acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada sobre la presunta práctica discriminatoria, bajo una óptica de razonabilidad.
53. Durante el procedimiento, [REDACTED] señaló en su defensa que, si bien no brindaba un trato desigual a todas las mujeres que asistían a su establecimiento, sí les entregaba la carta amarilla (sin precio) a las que acudían en pareja, siendo que por ello no estaba incurriendo en una práctica discriminatoria, en tanto existirían justificaciones objetivas y razonables, materializadas en los siguientes argumentos:
 - (i) Por Política interna, buscaba propiciar un ambiente romántico, brindando un trato diferente a las mujeres que acudían a su local acompañadas de su pareja, como un distintivo de su servicio;
 - (ii) buscaba enaltecer la posición de una mujer dentro de una pareja, considerando como una forma de halago el hecho de que pueda pasar una velada romántica y agradable sin tomar en cuenta el costo de los servicios;
 - (iii) era un restaurante que se caracterizaba principalmente por contar en su diseño, arquitectura, colores y esencia en general, con detalles que guardaban relación con la delicadeza de la mujer, pues su único objetivo era enaltecerla y halagarla; y,
 - (iv) existían otras situaciones en las que se brindaba un trato halagador a la mujer que, en línea con lo sostenido por la Asociación, constituirían también un acto de discriminación por razón de sexo; no obstante, todo ello brindaba un trato favorecedor y no perjudicial a las mujeres, justamente porque se resaltaba su calidad e importancia dentro de la sociedad.
54. En relación con el primer argumento, los vocales que suscriben el presente voto consideran que una “Política Interna” no puede ser el sustento para que un establecimiento comercial brinde un servicio diferenciado que podría vulnerar los derechos fundamentales de hombres o mujeres, dado que tanto

el Estado como los particulares se encuentran obligados a respetar los derechos fundamentales de las personas, como es el derecho a la igualdad y no hacer diferencias donde la ley no la hace.

55. En efecto, el Tribunal Constitucional ha subrayado en reiteradas sentencias que los derechos fundamentales vinculan, no sólo a los poderes públicos, sino también a los privados, reconociendo lo que en doctrina se denomina “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”¹⁶, de allí que tanto el Estado como los particulares tienen el deber de respetar los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, el derecho a ser tratados por igual, ya sea que se trate de hombres o de mujeres¹⁷.
56. Aquí, es importante mencionar que, no se desconoce el derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa consagradas en los artículos 58^o¹⁸ y 59^o¹⁹ de la Constitución Política del Perú; no obstante, considera que ello no enerva que dichas libertades deban ejercerse en el marco del respeto a los derechos fundamentales de las personas, en específico el derecho a la igualdad.
57. Al respecto, corresponde indicar que el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado en el Expediente 0001-2005-PI/TC, que los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa pueden ejercerse, siempre y cuando estos no colisionen con los intereses generales de la comunidad:

“(…)

44. Así, este Tribunal ha establecido que otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la **libre iniciativa privada**, prescrito en el artículo 58^o de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17) del artículo 2^o del mismo texto, el cual **consagra el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a**

¹⁶ “Conforme al artículo 38° de la Constitución, ‘Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución’, norma que impone el deber de respetar los derechos de todos, sea que desarrollen sus actividades en la esfera privada o pública”. Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 2004, recaída en el Expediente 1848-2004-AA/TC. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>

¹⁷ Cfr. Sentencia del 5 de marzo de 2019, recaída en el Expediente 01479-2018-PA/TC., Sentencia del 6 de noviembre de 2008, recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC.

¹⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 58°.**- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción y empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

¹⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 59°.**- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.



emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia.
(...)"

58. Respecto del segundo argumento, los vocales que suscriben el presente voto consideran que el mismo está basado en una generalización que se hace de las personas en razón de su pertenencia a un determinado sexo (estereotipo de género). Sobre ello, el Diccionario de la Real Academia Española, señala que el estereotipo es una Imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable, y género es el grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo²⁰.
59. Por su lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México) señala que un estereotipo es una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente.
60. Siendo así, se evidencia que el trato diferenciado que brinda la denunciada está apoyado en la generalización que se hace de las personas en base a su sexo, que en este caso menoscaba o limita uno de los derechos de la mujer, por ser mujer, el derecho a la información, al omitir la denunciada informarle intencionalmente un dato relevante (el precio del producto) basado en una presunción generalizada y equivocada que, en una celebración entre parejas, la mujer siempre será invitada y que nunca pagará el costo del consumo. Así, en esa lógica, es que carecería de sentido informarle un dato relevante, como es el precio del producto, para su decisión.
61. En este punto, es importante mencionar que el Código obliga a los proveedores a proporcionar a los consumidores, sin distinción alguna, toda la información relevante sobre las características de los productos y servicios que oferten, siendo un elemento importante en la decisión de compra el precio, a efectos de que los propios consumidores puedan realizar una adecuada elección o decisión de consumo. Siendo así, correspondería que un proveedor consignara en sus cartas de comida el precio de sus platos, sin hacer distinción alguna, y menos aún por razón de sexo.
62. En ese sentido, a criterio de los vocales que suscriben el presente voto, es

²⁰ Ver: <https://dle.rae.es/?id=J49AD0i>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/CC2

importante resaltar que la lógica de no consignar la lista de precios en la carta entregada a la mujer es que, ella siempre será la invitada y que nunca pagará el costo del consumo (por ello carecería de sentido y relevancia informarle su precio), lo cual no es una causa objetiva, ni razonable, que justifique el trato diferenciado implementado y aplicado por [REDACTED].

63. En efecto, nos preguntamos: ¿No podría ser la mujer en una celebración quien quiera o le corresponda halagar a su pareja?, en ese escenario, ella se verá obligada a contratar el servicio y adoptar la decisión de consumo ignorando el costo del mismo o pedir un cambio de carta o salir al ingreso del restaurante para informarse con la lista de precios.
64. Adicionalmente, aún cuando la mujer fuera la invitada a la cena y no tuviera que asumir su costo, no tendría ella también derecho a conocer el costo del servicio -si así lo deseara- sin tener que ponerse en evidencia de solicitar otra carta o de salir al ingreso del restaurante para revisar la lista de precios.
65. Por estas razones, los vocales que suscriben el presente voto no consideran que sea un halago o una deferencia para la mujer el omitir informarle, sin previa consulta (desconociendo sus preferencias), la lista de precios del producto. Y estamos seguros que, en el ejercicio de la libre iniciativa privada existen distintas maneras de halagar y enaltecer a la mujer basadas en consideraciones objetivas y razonables, distintas a omitir información relevante para su decisión de consumo.
66. Sobre el tercer argumento, se verifica que lo sostenido por la denunciada nuevamente está basado en la generalización que se hace de las personas en razón de su sexo (estereotipo de género), razón por la cual y en los mismos términos, corresponde desestimar también tal alegato. Siendo importante resaltar que si bien la femineidad (delicadeza) se asocia cultural y normativamente con las mujeres, existen múltiples maneras distintas de ser mujer y numerosas expresiones propias de las mujeres.
67. El cuarto argumento de la denunciada consiste en sostener que existían otras situaciones en las que se brindaba un trato halagador a la mujer que, en línea con lo sostenido por la Asociación, constituirían también un acto de discriminación por razón de sexo; no obstante, todo ello brindaba un trato favorecedor y no perjudicial a las mujeres, justamente porque se resaltaba su calidad e importancia dentro de la sociedad. Al respecto, este Colegiado considera que la existencia de otras situaciones en las que presuntamente se brinda un trato diferenciado a las personas, no exime o incide en la responsabilidad de [REDACTED] por la infracción detectada en el presente procedimiento.
68. Finalmente, los vocales que suscriben el presente voto, contrariamente a lo



fundamentado por la Comisión, consideran que los hechos descritos y narrados en denuncia, que no fueron desconocidos por la parte contraria, la misma que trató de justificarlos, solo responden y/o únicamente obedecen a que [REDACTED] incurrió en tratos discriminatorios entre sus comensales, debido a que, sin una razón objetiva o justificada, entregaba a las mujeres, a diferencia de los hombres, las cartas sin precios, cuando todo consumidor estaba en el derecho de recibir las cartas, que contengan platos y precios, sin distinción alguna.

69. En efecto, la primera instancia sustentó la ausencia de infracción señalando que no quedó acreditada una situación en la que las mujeres hayan solicitado la carta de precios y el local les haya negado; no obstante, es importante resaltar que este hecho parte de la premisa que estas deben realizar una acción adicional para acceder a las cartas de comida, cuando en realidad, desde un inicio, tenían el derecho a recibir una carta con precios, al igual que los hombres, esto es, acceder a las mismas sin necesidad de hacer requerimiento alguno. De ahí que, para los vocales que suscriben el presente voto la discriminación radica en brindar un trato diferente a dos personas (comensales) cuando están en igualdad de condiciones sin una justificación válida, lo cual se detectó en este caso.
70. Habiendo desestimado los argumentos propuestos por [REDACTED] para demostrar la existencia de una causa objetiva que justifique el trato diferenciado brindado en menoscabo de las mujeres (entrega de cartas amarillas sin precio), este Colegiado evidencia que, de acuerdo con la dinámica probatoria del artículo 39° del Código, la práctica confrontada no tiene una justificación razonable, comprobándose así su carácter discriminatorio.
71. En mérito de lo expuesto, los vocales que suscriben el presente voto concluyen que el hecho de que la denunciada entregue a sus comensales mujeres una carta amarilla que no contiene precios constituye y solo obedece, como se ha desarrollado precedentemente, a una práctica discriminatoria.
72. Por lo tanto, corresponde revocar la resolución recurrida, que declaró infundada la denuncia contra [REDACTED]; y, en consecuencia, se declara fundada la misma, por infracción del artículo 38° del Código, al haberse acreditado que la denunciada incurrió en prácticas discriminatorias por razón de sexo, pues entregaba cartas de comida diferenciadas para hombres y mujeres, siendo que las cartas para los hombres (cartas azules) contaban con los respectivos precios de los platos, mientras que las cartas para las mujeres no contenían tales precios (cartas amarillas).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/CC2

Sobre la medida correctiva de oficio

73. Los artículos 114° y 116° del Código, establecen que la autoridad administrativa podrá dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas complementarias, las cuales tienen por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro.
74. En el presente caso, habiéndose declarado fundada la denuncia contra [REDACTED] por infracción del artículo 38° del Código, por incurrir en prácticas discriminatorias por razón de sexo, dado que entregaba cartas de comida diferenciadas a hombres y mujeres, corresponde ordenarle las siguientes medidas correctivas (de oficio):
- (i) De manera inmediata, contado a partir de la recepción de la notificación de la presente resolución, cumpla con dejar de entregar cartas de comida sin precios a las mujeres que acudan a su local comercial, debiendo proporcionar cartas (con precios y demás requisitos) iguales a hombres y mujeres. Y en lo sucesivo, cumpla con brindar un trato igual a sus comensales cuando se encuentren en igualdad de condiciones;
 - (ii) en el plazo máximo de 60 días contado a partir de la recepción de la notificación de la presente resolución, cumpla con brindar una capacitación sobre prevención de discriminación por razón de sexo a todos los trabajadores de su establecimiento que: (a) participen en la creación, diseño, ejecución o supervisión de las políticas comerciales o similares de la empresa; (b) participen en los procesos de diseño y ejecución de las políticas comerciales de atención al cliente o tengan contacto directo con clientes por cualquier canal de atención; y, (c) debido a sus labores puedan verse involucrados en una práctica comercial como la sancionada. La referida capacitación deberá reflejar el involucramiento de los principales directivos de la empresa (directores, gerentes, jefes o rangos similares) y contar con mecanismos de registro de asistentes, así como de evaluación de los contenidos impartidos; y,
 - (iii) de manera inmediata, cumpla con colocar de forma permanente un cartel al interior de su establecimiento abierto al público, en un lugar visible y fácilmente accesible, con el siguiente mensaje: *“Este establecimiento está prohibido de discriminar a cualquier consumidor por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, edad o cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Si una persona advierte que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a formular el reclamo correspondiente, así como a denunciar este hecho ante el Indecopi.”* Se precisa que el cartel deberá



tener un tamaño mínimo de una hoja A4 y cada una de las letras del mensaje deberán tener un tamaño mínimo de 0.5 x 0.5 centímetros.

75. Respecto de dicho mandato, se informa a la denunciada que deberá presentar a la Comisión los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las referidas medidas correctivas, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo que se otorga para cumplir el mandato; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° del Código. De otro lado, se informa a la Asociación que -en caso se produzca el incumplimiento del mandato- podrá comunicarlo a la Comisión, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI²¹.

Sobre la graduación de la sanción

76. A efectos de graduar la sanción a imponer, el artículo 112° del Código²² establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la autoridad administrativa puede atender al beneficio ilícito esperado con la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, el daño resultante de la infracción, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar.
77. Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa el Principio de Razonabilidad²³, según el cual la

²¹ **RESOLUCIÓN 076-2017-INDECOPI/COD. APRUEBAN DIRECTIVA 006-2017/DIR-COD-INDECOPI DENOMINADA “DIRECTIVA QUE REGULA LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PREVISTOS EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR”. 4.8.** De las medidas correctivas.

En los supuestos en que el órgano resolutorio considere lo acordado por las partes durante la relación de consumo al dictar una o varias medidas correctivas; debe atender a que las mismas no contravengan las disposiciones recogidas en los Título II y III del Código referidos a los contratos de consumo y métodos comerciales abusivos.

En caso se ordenen medidas correctivas o medidas cautelares, la Resolución Final deberá apercibir al obligado, a presentar los medios probatorios que acrediten su cumplimiento en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo que se otorga para cumplir el mandato; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117 del Código.

Si se produce el incumplimiento del mandato por parte del proveedor obligado, la administración, a fin de garantizar el cumplimiento de su decisión, actuará de oficio e impondrá multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la presente Directiva.

²² **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.

Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

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

²³ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. Como parte del contenido implícito del Principio de Razonabilidad, se encuentra el Principio de Proporcionalidad, el cual su pone a una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas.

78. En el presente caso, habiéndose declarado fundada la denuncia contra [REDACTED] por infracción del artículo 38° del Código, por incurrir en prácticas discriminatorias, corresponde imponerle una sanción ejemplar, que desincentive a los proveedores de incurrir en las referidas prácticas en contra de los consumidores como la detectada.
79. Al respecto, es importante tener en cuenta que las entidades del Estado (cumpliendo con lo dispuesto por la normativa nacional y supranacional) están obligadas a promover y garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, adoptando todas las medidas necesarias que permitan remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de este derecho, con el fin de erradicar todas las formas de discriminación. Siendo así, los vocales que suscriben el presente voto consideran que la sanción a imponer a La Rosa Náutica debe reflejar la magnitud de la infracción cometida.
80. Aquí, es preciso mencionar lo esbozado por el Tribunal Constitucional (Expediente 01423-2013-AA) respecto de la obligación del Estado a combatir la desigualdad histórica que ha venido sufriendo la mujer:

“(…)

14. *No hay discusión de que en el Estado constitucional existe un compromiso serio con la igualdad, el mismo que encuentra reconocimiento en los textos constitucionales y que las autoridades tienen el deber de materializar con hechos concretos, a fin de contrarrestar las desigualdades manifiestas haciendo posible que todas las personas disfruten de sus derechos en la misma medida.*

15. *A pesar de lo dicho, tampoco hay duda, y el paso de la historia lo ha demostrado, de que las diferentes perspectivas, participaciones y voces características de las mujeres han sido excluidas sin justificación razonable del discurso público y del contexto social. Aún hay rezagos de las diferencias entre hombres y mujeres culturalmente creadas en muchas sociedades. Y el Perú no escapa a tal realidad. Sin embargo, **como Estado constitucional tiene el deber de combatir las desigualdades de manera efectiva**, por ello, además del reconocimiento del derecho a no ser discriminado por razón de*

Título Preliminar. Artículo IV.-

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.4. Principio de Razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutear, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (...)



sexo, ha constitucionalizado otras obligaciones como el deber del Estado de ofrecer una especial protección a las madres (artículo 4), el deber estatal de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas (artículo 6), el principio de igualdad de oportunidades laborales sin discriminación (artículo 26) y el deber de establecer cuotas de género en aras de asegurar una representación más igualitaria en los gobiernos regionales y municipales (artículo 191).

6. Es que una regulación normativa no es suficiente, no obstante, el carácter normativo de la Constitución garantiza la eficacia de su aplicabilidad en la medida que vincula a todos los poderes públicos y propicia un deber de respeto a su contenido por parte de todas las personas. Que las desigualdades no existan, más aún cuando se trata de las culturalmente creadas, es una tarea que principalmente involucra al Estado, pero también a todos sus integrantes en conjunto.

(...)"

81. Teniendo en cuenta lo señalado, esta Sala ha verificado que en el presente caso la conducta de [REDACTED] generó un daño que afectó gravemente el interés colectivo o difuso de los consumidores, en este caso de las mujeres, que acudieron a su establecimiento comercial durante los años de actividad económica que ha tenido, considerando que la empresa se reafirmó en todo momento que su política de atención al público siempre fue así (entrega de cartas diferenciadas a mujeres y hombres cuando acudían en pareja).
82. Siendo así, este los vocales que suscriben el presente voto consideran que la infracción cometida por la denunciada reviste una naturaleza grave, por lo que corresponde sancionar a la administrada con una multa mínima de 50 UIT y máxima de 150 UIT, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 110° del Código²⁴.
83. Cabe mencionar que, en otras denuncias sobre discriminación la Sala ha impuesto multas de 50 UIT como máximo en atención a la conducta detectada²⁵.
84. En ese sentido, en miras de imponer una sanción ejemplar, a efectos de desincentivar que otros proveedores incurran en tan grave infracción,

²⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 110°.- Sanciones administrativas.** El Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 c o n amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

- a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
- b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.
- c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

²⁵ Ver, por ejemplo, la Resolución 3246-2016/SPC-INDECOPI del 6 de setiembre de 2016, en el procedimiento seguido por los señores David Castillo Hidalgo y Clara Yuliana Criollo Gálvez contra Clínica San Pablo; la Resolución 3167-2017/SPC-INDECOPI del 6 de noviembre de 2017, en el procedimiento seguido por Joseph Kevin Iván Saucedo Sánchez contra Inversiones Vacarli S.A.C.; entre otras.



corresponde imponer a [REDACTED] una multa de 50 UIT, por incurrir en prácticas discriminatorias por razón de sexo.

85. En relación con la multa impuesta, se requiere a [REDACTED] el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁶, precisándose que, los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento.

Sobre las costas y costos del procedimiento

86. El Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, señala en su artículo 7^{o27} que, en cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, 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.
87. Dado que se ha verificado que [REDACTED] infringió el artículo 38° del Código, corresponde ordenarle que, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de notificada la presente resolución, cumpla con pagar a la [REDACTED] las costas del procedimiento por un monto ascendente a S/ 36,00.
88. Sin perjuicio de ello y, de considerarlo pertinente, [REDACTED] podrá solicitar el reembolso de los montos adicionales en que hubiese incurrido para la tramitación del presente procedimiento, para lo cual deberá presentar una solicitud de liquidación de costos ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos N° 1 del Indecopi.

²⁶ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS. Artículo 205°.- Ejecución forzosa.**

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

(...)

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.

²⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 807. FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI Artículo 7°.** - En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, 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. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del Artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716. Quien 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 cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.



Sobre la inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi

89. Según el artículo 119° del Código, los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi por el lapso de cuatro (4) años, contados a partir de la fecha de dicha resolución²⁸.
90. En el presente caso, se ha determinado la responsabilidad administrativa de [REDACTED] por incurrir en prácticas discriminatorias por razón de sexo.
91. Teniendo en consideración lo anterior, corresponde ordenar la inscripción de la denunciada en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi, por infracción del artículo 38° del Código.

Sobre el porcentaje de la multa a otorgar a la Asociación

92. El artículo 156°.1 del Código dispone que el Indecopi y los organismos reguladores de los servicios públicos pueden celebrar convenios de cooperación institucional con asociaciones de consumidores reconocidas y debidamente inscritas en el registro especial. La firma del convenio de cooperación institucional otorga la posibilidad de que el Indecopi y los organismos reguladores de los servicios públicos puedan disponer que un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos promovidos por estas asociaciones de consumidores les sea entregado. En cada caso, dicho porcentaje no puede exceder el cincuenta por ciento (50%) de la multa impuesta y constituye fondos públicos.
93. En esa línea, el artículo 26° de la Directiva 009-2013/DIR-COD-INDECOPI, Normas sobre Registro, Reconocimiento y Participación de las Asociaciones de Consumidores en los Procedimientos sobre Defensa de los Derechos de los Consumidores (en adelante, la Directiva), establece que el órgano competente podrá destinar hasta el 50% del importe de la multa impuesta en un procedimiento por infracción a las normas de protección al consumidor en favor de la asociación de consumidores que lo promovió²⁹.

²⁸ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 119°.- Registro de infracciones y sanciones.

El Indecopi lleva un registro de infracciones y sanciones a las disposiciones del presente Código con la finalidad de contribuir a la transparencia de las transacciones entre proveedores y consumidores y orientar a estos en la toma de sus decisiones de consumo. Los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados por el lapso de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de dicha resolución.

²⁹ DIRECTIVA 009-2013/DIR-COD-INDECOPI, NORMAS SOBRE REGISTRO, RECONOCIMIENTO Y PARTICIPACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES EN LOS PROCEDIMIENTOS SOBRE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. Artículo 26°.- Porcentaje disponible. La firma del Convenio de Cooperación Institucional otorga la posibilidad al INDECOPI de entregar a la Asociación de Consumidores un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos por afectación a los intereses colectivos o difusos promovidos por ellas. Dicho porcentaje no podrá exceder del 50% del valor de la multa

94. Por su parte [REDACTED]° del Código, establece los criterios para la graduación del porcentaje de las multas impuestas entregable a las asociaciones de consumidores en los procedimientos promovidos por estas, siendo que la autoridad competente debe evaluar, como mínimo, los siguientes criterios:
- Labor de investigación desarrollada por la asociación de consumidores de forma previa a la presentación de la denuncia;
 - participación de la asociación de consumidores durante el procedimiento iniciado;
 - trascendencia en el mercado de la presunta conducta infractora denunciada, impacto económico de la misma y perjuicios causados en forma previa o que puedan ser causados de forma potencial a los consumidores con relación a la misma; y,
 - otros que se determinen en el análisis específico de cada procedimiento.
95. En ese sentido, el artículo 28° de la Directiva³⁰ ha recogido los criterios de graduación indicados en el artículo 157° del Código, mencionándolos de manera más específica, tal como se aprecia a continuación:
- Dificultad en la detección de la conducta infractora: lo cual implica dilucidar la labor de investigación efectuada por la asociación a fin de verificar los hechos materia de denuncia;
 - participación de la mencionada entidad durante el procedimiento; y,
 - gravedad de la infracción detectada: la misma que es determinada tomando en consideración la trascendencia de la conducta infractora en el mercado, su impacto económico y los perjuicios que pudo o causó a los consumidores.
96. Asimismo, en los artículos 29° y 31° del mencionado cuerpo normativo, se establece tanto la calificación por cada criterio como la fórmula que debe emplearse para la asignación de un porcentaje de la sanción³¹.

impuesta. Los montos entregados constituyen fondos públicos, de conformidad con lo señalado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

³⁰ **DIRECTIVA 009-2013/DIR-COD-INDECOPI. NORMAS SOBRE REGISTRO, RECONOCIMIENTO Y PARTICIPACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES EN LOS PROCEDIMIENTOS SOBRE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. Artículo 28°.** - Criterios de graduación del porcentaje a entregar. - De acuerdo a lo señalado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el órgano resolutorio competente tomará en cuenta los siguientes tres criterios para determinar el porcentaje de la multa a ser transferido a las asociaciones de consumidores.

* Criterio 1. Dificultad en la detección de la conducta infractora.

* Criterio 2. Participación de la asociación durante el procedimiento.

* Criterio 3. Gravedad de la infracción detectada.

³¹ **DIRECTIVA 009-2013/DIR-COD-INDECOPI. NORMAS SOBRE REGISTRO, RECONOCIMIENTO Y PARTICIPACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES EN LOS PROCEDIMIENTOS SOBRE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. Artículo 29°.** - Calificación de Criterios. El rango de calificaciones a asignar a las asociaciones de consumidores por cada criterio descrito en el artículo anterior, será el siguiente:

97. En el presente caso, considerando que la Sala ha determinado la responsabilidad de [REDACTED] por infracción del artículo 38° del Código, corresponde a esta instancia determinar el porcentaje de la multa a otorgar a [REDACTED].
98. Sobre el particular, es preciso indicar lo siguiente:

Criterio 1. Dificultad en la detección de la conducta infractora	Criterio 2. Participación de la Asociación de Consumidores durante el procedimiento	Criterio 3. Gravedad de la infracción detectada
<p><u>Baja</u>: debido a que, en el presente caso, para la verificación de la infracción, la [REDACTED] tomó conocimiento del hecho referido al trato diferenciado a través de la información entregada por la propia denunciada.</p> <p>(Calificación 10)</p>	<p><u>Alta</u>: [REDACTED] presentó la denuncia, adjuntando los medios de prueba correspondientes que acreditaban la conducta infractora, así como absolvió los descargos, además se debe precisar que la participación no sólo se circunscribe a responder cuestionamientos, sino a presentar medios de prueba que podrían evidenciar de forma objetiva el universo de usuarios que podrían verse afectados por el incumplimiento de la denunciada, de manera tal que la autoridad administrativa pudiera estimar la imposición de una sanción acorde con dicha realidad.</p> <p>(Calificación 35)</p>	<p><u>Alta</u>: dado que la infracción verificada constituye una afectación grave a los consumidores que no recibieron un trato igualitario.</p> <p>(Calificación 40)</p>

CRITERIO	CALIFICACIÓN
ALTA	35-50
MEDIA	18-34
BAJA	1-17

Artículo 31°. - **Fórmula a Aplicar.** El porcentaje de la multa a ser asignado a la Asociación de Consumidores será igual a la suma de las calificaciones asignadas por la Comisión para cada uno de los criterios descritos, ponderado por el peso que se presenta en la siguiente fórmula:

$$\text{Porcentaje de la multa a ser asignado} = (\text{Calificación Criterio 1} \times 0.25) + (\text{Calificación del Criterio 2} \times 0.25) + (\text{Calificación del Criterio 3} \times 0.5)$$



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/CC2

99. Habiendo efectuado la calificación de los criterios previstos por la norma en el presente caso, corresponde aplicar la fórmula establecida a efectos de determinar el porcentaje de participación que corresponde a [REDACTED] en la multa impuesta a [REDACTED] por infracción del artículo 38° del Código:

Fórmula para determinar porcentaje de participación en la multa:

(Calificación Criterio 1 x 0,25) + (Calificación del Criterio 2 x 0,25) +
(Calificación del Criterio 3 x 0,5) = Porcentaje de la multa a ser asignado.

Aplicación de la fórmula al caso concreto:

Calificación de criterio 1 = 10

Calificación de criterio 2 = 35

Calificación de criterio 3 = 40

$$(10 \times 0,25) + (35 \times 0,25) + (40 \times 0,50) = 31,25$$

100. Conforme al resultado obtenido de la aplicación de la fórmula establecida en el artículo 30° de la Directiva, el porcentaje que corresponde asignar a la [REDACTED] es equivalente al 31,25 % de la multa impuesta a [REDACTED].
101. Cabe mencionar que, la Sala ha determinado dicho porcentaje en otros casos de discriminación, como en la Resolución 2726-2018/SPC-APELACIÓN del 10 de octubre de 2018, en el procedimiento seguido por [REDACTED] y otro contra [REDACTED].

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS

ROXANA MARÍA IRMA BARRANTES CÁCERES



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/CC2

El voto de los señores vocales Juan Alejandro Espinoza Espinoza y Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio es el siguiente:

Los vocales que suscriben el presente voto difieren del otro voto que declaró fundada la denuncia contra [REDACTED], por infracción del artículo 38° del Código, en atención a los siguientes fundamentos:

1. En el ordenamiento jurídico peruano, el derecho a la igualdad ha sido reconocido expresamente en el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, que establece en forma expresa y clara lo siguiente:

“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 cualquier otra índole. (...)”

2. En relación con el mandato establecido en el artículo 2° de la Constitución, en diversa jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que la igualdad ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo³². En su calidad de principio, constituye el enunciado de un componente axiológico del ordenamiento constitucional, que vincula y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho subjetivo, se constituye en un derecho fundamental que reconoce la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad oponible a un destinatario. Por ello, se ha señalado que la igualdad se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, orientación sexual, condición económica, entre otros) o por otras que jurídicamente resulten relevantes.
3. El derecho a la igualdad, al proyectarse a lo largo de todo el ordenamiento legal, se manifiesta como derecho objetivo también en la regulación especial sobre protección al consumidor. De este modo, el artículo 1°.1 literal d) del Código señala que los consumidores tienen derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial, prohibiéndose expresamente la posibilidad de ser discriminados por los mismos motivos establecidos en el artículo 2° de la Constitución, así como por otros de cualquier índole³³.

³² Ver sentencias recaídas en los expedientes 0045-2004-AA/TC (acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 3° de la Ley 27466) y 05157-2014-PA/TC (proceso de amparo interpuesto por la señora María Chura Arcata contra la resolución expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno).

³³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**
Artículo 1°.- Derechos de los consumidores.

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

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. (...)

4. En este contexto preceptivo, el artículo 38° del Código establece la cláusula normativa según la cual los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen, así como de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento, tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas³⁴.
5. En este punto es importante mencionar que, mediante Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2019, este Colegiado realizó un **cambio de criterio** en relación al modo en el que debían analizarse las conductas donde existía un trato desigual que no se encontrara justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastaría 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.
6. Así, el Colegiado resaltó que el razonamiento planteado en dicho pronunciamiento no implicaba desconocer que existían actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que era posible que se configurara un trato desigual que implicara 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, sexo, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual debía ser meritado al momento de graduar la sanción que correspondía imponer contra el proveedor infractor.
7. Ahora bien, respecto a las reglas probatorias determinadas por el legislador peruano para los casos de discriminación en el consumo, el artículo 39° del Código señala que:

“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

³⁴

LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

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.



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”.

8. Por ello, para los casos de procedimientos iniciados por una denuncia de parte, corresponderá al consumidor afectado demostrar la existencia del trato desigual sin que sea necesario que pertenezca a un grupo determinado. Luego de ello, será el proveedor quien deberá acreditar la existencia de una causa objetiva que justifique razonablemente la práctica cuestionada; y, si se supera este nivel probatorio, el denunciante deberá comprobar ante la autoridad que la causa alegada es un pretexto o una simulación para realizar la práctica discriminatoria.
9. De igual modo, en los procedimientos iniciados de oficio corresponderá a la autoridad comprobar la existencia del trato desigual para que, posteriormente, el administrado presuntamente infractor acredite la existencia de una causa objetiva que justifique la práctica analizada. Finalmente, confirmada esta causa, la autoridad nuevamente deberá demostrar que la causa alegada es un pretexto o una simulación para incurrir en la práctica discriminatoria.
10. De acuerdo con lo expuesto, en consonancia con el cambio de criterio definido por este Colegiado, el artículo 39° no realiza ninguna diferenciación en los niveles de gravedad de una práctica discriminatoria; y, por ende, los órganos resolutivos de protección al consumidor, al momento de analizar un trato desigual por parte de los proveedores, deberán ceñirse a las reglas probatorias reseñadas para verificar la comisión de la conducta infractora. Una vez comprobada ella, podrán determinar el nivel de gravedad de la misma, para graduar y, de ser el caso, aplicar una sanción más drástica en función de la práctica discriminatoria acreditada.

Aplicación al caso en concreto

11. [REDACTED] denunció que [REDACTED] entregaba a los comensales dos cartas distintas, azul para los hombres, y amarilla para las mujeres. Las cartas azules contenían la descripción de los platos y sus respectivos precios, y las amarillas solo tenían la descripción de los platos, más no sus precios. Ello, evidenciaba un trato discriminatorio contra las mujeres, quienes al igual que los hombres tenían derecho a conocer los precios de los productos que consumían, en tanto estaban en la posibilidad de pagar sus propias cuentas. Para acreditar sus afirmaciones, la denunciante presentó fotografías de las cartas de comida (amarilla y azul) que entregaba la denunciada a sus comensales, así como un video filmado al interior del establecimiento.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/CC2

12. Al respecto, tanto en sus descargos como en su absolución de apelación, [REDACTED] [REDACTED] sostuvo que, a fin de mantener un ambiente romántico y acogedor, proporcionaba una carta diferenciada a las mujeres (amarilla) y los hombres (azul).
13. Con lo sostenido por la denunciada, se comprueba la existencia de un trato desigual para hombres y mujeres y, con ello, el primer filtro establecido por la dinámica probatoria del artículo 39° del Código.
14. Superado el primer filtro de análisis, corresponde revisar los argumentos presentados por la denunciada durante todo el procedimiento orientados a acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada sobre la presunta práctica discriminatoria, bajo una óptica de razonabilidad.
15. Durante el procedimiento, [REDACTED] señaló en su defensa que, si bien no brindaba un trato desigual a todas las mujeres que asistían a su establecimiento, sí les entregaba la carta amarilla (sin precios) a las que acudían en pareja (hombre y mujer), siendo que por ello no estaba incurriendo en una práctica discriminatoria, en tanto existirían justificaciones objetivas y razonables, materializadas en los siguientes argumentos:
 - (i) Por Política interna, buscaba propiciar un ambiente romántico, brindando un trato diferente a las mujeres que acudían a su local acompañadas de su pareja, como un distintivo de su servicio;
 - (ii) buscaba enaltecer la posición de una mujer dentro de una pareja, considerando como una forma de halago el hecho de que pueda pasar una velada romántica y agradable sin tomar en cuenta el costo de los servicios, en tanto era un restaurante que se caracterizaba principalmente por contar en su diseño, arquitectura, colores y esencia en general, con detalles que guardaban relación con la delicadeza de la mujer; y,
 - (iii) existían otras situaciones en las que se brindaba un trato halagador a la mujer que, en línea con lo sostenido por [REDACTED], constituirían también un acto de discriminación por razón de sexo; no obstante, todo ello brindaba un trato favorecedor y no perjudicial a las mujeres, justamente porque se resaltaba su calidad e importancia dentro de la sociedad.
16. En relación con el primer argumento, los vocales que suscriben el presente voto consideran que una "Política Interna" no puede ser el sustento para que un establecimiento comercial brinde un servicio discriminatorio, dado que tanto el Estado como los particulares se encuentran obligados a respetar los derechos fundamentales de las personas, como es el derecho a la igualdad.
17. En efecto, el Tribunal Constitucional ha subrayado en reiteradas sentencias



que los derechos fundamentales vinculan, no sólo a los poderes públicos, sino también a los privados, reconociendo lo que en doctrina se denomina “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”³⁵, de allí que tanto el Estado como los particulares tienen el deber de respetar los derechos fundamentales de las personas³⁶.

18. Aquí, es importante mencionar que, no se desconoce el derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa consagradas en los artículos 58³⁷ y 59³⁸ de la Constitución Política del Perú; no obstante, consideramos que dichas libertades deben ejercerse en el marco del respeto a los derechos fundamentales de las personas.
19. Ahora, sin perjuicio de lo antes mencionado, es importante tener en cuenta que no todo trato desigual es una discriminación constitucionalmente prohibida, puesto que no basta con que un establecimiento establezca una desigualdad, sino que esta, además, no pueda ser justificada objetivamente; en consecuencia, si una política interna, que establece una desigualdad, no es contraria al ordenamiento legal o no resulte discriminatoria, resulta válida; y, por tanto, no debe ser censurada o pasible de sanción.
20. Bajo este contexto, los vocales que suscriben el presente voto consideran que el segundo y tercer argumento de la denunciada precisamente describe la finalidad de su política interna que, a consideración de estos vocales a diferencia de los del otro voto, el hecho de entregar cartas de comidas diferenciadas a hombres y mujeres, obedece a un acto de galantería que la denunciada deseaba brindar a sus comensales, sobre todo a estas últimas, cuando acudían a su local, a pasar un momento especial (celebración en pareja). Las instalaciones, acordes con la velada que ofrecía a sus clientes y la entrega de rosas que se aprecia en el servicio brindado por la empresa, solo eran parte de esta atención preferencial que se ofrecía a las mujeres, siendo que de este servicio especial que impartía [REDACTED] a las

³⁵ “Conforme al artículo 38° de la Constitución, ‘Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución’, norma que impone el deber de respetar los derechos de todos, sea que desarrollen sus actividades en la esfera privada o pública”. Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 2004, recaída en el Expediente 1848-2004-AA/TC. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>

³⁶ Cfr. Sentencia del 5 de marzo de 2019, recaída en el Expediente 01479-2018-PA/TC., Sentencia del 6 de noviembre de 2008, recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC.

³⁷ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 58°.**- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción y empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

³⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 59°.**- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/CC2

clientes -de modo alguno- se podía inferir que la empresa vulneraba el derecho de igualdad de las mujeres, tal como lo sostenía [REDACTED]

21. Efectivamente, no se evidencia que el servicio diferenciado brindado por la denunciada estaba afectando la capacidad de goce y ejercicio de las mujeres, sino que únicamente se les estaba brindado una atención especial en su calidad de cliente mujer, lo que no las perjudicaba en ningún sentido.
22. Además, en el supuesto que las mujeres (que recibieron la carta amarilla) desearan saber los precios de los platos que querían consumir, si así lo decidieran, estaban en la posibilidad de conocerlos en cualquier momento, dado que sus parejas tenían la carta azul con precios o, en todo caso, podían solicitarlas al personal del local, situación que de modo alguno, a diferencia del otro voto, implica un esfuerzo o sacrificio por parte de las comensales por el cual el local amerite ser sancionado.
23. En esta línea, es importante destacar que de autos no quedó acreditada una situación en la que las mujeres hayan solicitado la carta azul con precios y el personal de [REDACTED] les haya negado. Por el contrario, se debe tener en cuenta que la denunciada contaba con una carta con precios en la entrada de su local, a fin de que todo comensal o cliente se enterase de los precios de los platos ofrecidos, tal como finalmente quedó corroborado en la Constatación notarial realizada en el establecimiento denunciado, que obra a foja 84 del Expediente.
24. En conclusión, se evidencia que si bien existió un trato diferenciado brindado por la denunciada a hombres y mujeres, este no tenía un ánimo discriminatorio en contra de estas últimas, dado que no se observa que con dicho trato se haya menoscabado o anulado el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las mujeres, en tanto estas al entrar al establecimiento de la denunciada, estaban en la posibilidad de poder conocer el precio de los productos que deseaban consumir, ya sea observando la carta azul entregada a su pareja, solicitándolo al personal que la estuviera atendiendo, o finalmente acercándose a la entrada del establecimiento, acciones que no ameritaban un esfuerzo adicional.
25. Finalmente, al margen de lo expuesto, estos vocales consideran que la infracción denunciada no ha quedado probada, en tanto [REDACTED] no ha abordado otras situaciones tales como si los comensales hubieran sido todas mujeres, verificando si en ese supuesto, siguiendo la tesis de la denunciante, se les hubiera entregado a todas cartas sin precios (cartas amarillas); por tanto, las pruebas aportadas por la asociación de consumidores no puede llevar a la autoridad a aseverar que, con lo actuado, quedaba acreditada a todas luces la discriminación invocada.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/CC2

26. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde confirmar la resolución recurrida, que declaró infundada la denuncia contra [REDACTED] por presunta infracción del artículo 38° del Código, al haberse acreditado que la denunciada no incurrió en prácticas discriminatorias, pues entregaba cartas de comida diferenciadas para hombres y mujeres como un acto de galantería, que en ningún modo afectaba el derecho a la igualdad de las mujeres. En consecuencia, corresponde confirmar la referida resolución, en el extremo que denegó la solicitud de medidas correctivas y la condena al pago de las costas y costos del procedimiento formulada por [REDACTED]

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA

OSWALDO DEL CARMEN HUNDSKOPF EXEBIO

Habiéndose producido un empate en la votación de la presente resolución, el Presidente de la Sala Especializada en Protección al Consumidor hace ejercicio de su voto dirimente establecido en el artículo 15° de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobada mediante Decreto Legislativo 1033³⁹. Por lo que se resuelve lo siguiente:

PRIMERO: Revocar la Resolución 0271-2019/CC2 del 8 de febrero de 2019, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por [REDACTED] contra [REDACTED]; y, en consecuencia, declarar fundada la misma, por infracción del artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que la denunciada entregaba cartas de comida diferenciadas para hombres y mujeres, sin una justificación válida, incurriendo de dicho modo en una práctica discriminatoria. Ello, en la medida que las cartas para los hombres (cartas azules) contaban con los respectivos precios de los platos, mientras que las cartas para las mujeres no contenían tales precios (cartas amarillas).

³⁹

DECRETO LEGISLATIVO 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.- Artículo 15°.- De la organización de las Salas del Tribunal:

15.1 Cada Sala del Tribunal elegirá a un Presidente y Vicepresidente por el período de un año, siendo posible su reelección. Los Vicepresidentes sustituirán a los Presidentes en caso de ausencia, recusación o abstención y, en dicha circunstancia, suscribirán las resoluciones, correspondencia y documentos correspondientes.

15.2 Cada Sala requiere la concurrencia de cuatro (4) vocales para sesionar. Aprueba sus resoluciones con tres (3) votos conformes. El Presidente de Sala tiene voto dirimente en caso de empate.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/CC2

SEGUNDO: Sancionar a [REDACTED] con una multa de 50 UIT por infracción del artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al incurrir en prácticas discriminatorias como la detectada en el procedimiento.

Asimismo, se requiere a [REDACTED] el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, precisándose que, los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento.

TERCERO: Ordenar a [REDACTED] como medidas correctivas, lo siguiente:

- (i) De manera inmediata, contado a partir de la recepción de la notificación de la presente resolución, cumpla con dejar de entregar cartas de comida sin precios a las mujeres que acudan a su local comercial, debiendo proporcionar cartas (con precios y demás requisitos) iguales a hombres y mujeres. Y en lo sucesivo, cumpla con brindar un trato igual a sus comensales cuando se encuentren en igualdad de condiciones;
- (ii) en el plazo máximo de 60 días contado a partir de la recepción de la notificación de la presente resolución, cumpla con brindar una capacitación sobre prevención de discriminación por razón de sexo a todos los trabajadores de su establecimiento que: (a) participen en la creación, diseño, ejecución o supervisión de las políticas comerciales o similares de la empresa; (b) participen en los procesos de diseño y ejecución de las políticas comerciales de atención al cliente o tengan contacto directo con clientes por cualquier canal de atención; y, (c) debido a sus labores puedan verse involucrados en una práctica comercial como la sancionada. La referida capacitación deberá reflejar el involucramiento de los principales directivos de la empresa (directores, gerentes, jefes o rangos similares) y contar con mecanismos de registro de asistentes, así como de evaluación de los contenidos impartidos; y,
- (iii) de manera inmediata, cumpla con colocar de forma permanente un cartel al interior de su establecimiento abierto al público, en un lugar visible y fácilmente accesible, con el siguiente mensaje: *“Este establecimiento está prohibido de discriminar a cualquier consumidor por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, edad o cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Si una persona advierte que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a formular el reclamo correspondiente, así como a denunciar este hecho ante el Indecopi.”* Se



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/CC2

precisa que el cartel deberá tener un tamaño mínimo de una hoja A4 y cada una de las letras del mensaje deberán tener un tamaño mínimo de 0.5 x 0.5 centímetros.

Asimismo, se informa a [REDACTED] que deberá presentar a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas ordenadas en el término máximo de 5 días hábiles, contado a partir de los vencimientos otorgados para cada una; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° del Código de Protección y Defensa del Consumidor. De otro lado, se informa a Asociación de Consumidores Indignados (ACIP) que -en caso se produzca el incumplimiento del mandato- podrá comunicarlo a la primera instancia, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI.

CUARTO: Condenar a [REDACTED] a que, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de notificada la presente resolución, cumpla con pagar a [REDACTED] las costas del procedimiento por un monto ascendente a S/ 36,00. Sin perjuicio de ello y, de considerarlo pertinente, la denunciante podrá solicitar el reembolso de los montos adicionales en que hubiese incurrido para la tramitación del presente procedimiento, para lo cual deberá presentar una solicitud de liquidación de costos ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos N° 1 del Indecopi.

QUINTO: Disponer la inscripción de [REDACTED] en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi por la infracción acreditada.

SEXTO: Otorgar a [REDACTED] (ACIP) la participación del 31,25% de la multa impuesta a [REDACTED], por infracción del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente