
UNA MIRADA GLOBAL A LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO

JURISPRUDENCIA DEL INDECOPI



RODRIGO DELGADO CAPCHA

UNA MIRADA GLOBAL A LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO

JURISPRUDENCIA DEL INDECOPI



RODRIGO DELGADO CAPCHA

UNA MIRADA GLOBAL A LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO

JURISPRUDENCIA DEL INDECOPI

Autor: Rodrigo Delgado Capcha

Coordinación general: Wendy Ledesma Orbegozo

Supervisión y revisión de la edición: Wendy Ledesma Orbegozo y Rodrigo Delgado Capcha

Diseño, ilustración y diagramación: Jorge Torres Arcela

Primera edición digital: marzo de 2020

Copyright © UNA MIRADA GLOBAL A LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO - Jurisprudencia del Indecopi

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)

Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor

Calle De la Prosa N° 104 - San Borja, Lima, Perú

Teléfono: (51 - 1) 224-7800

Correo electrónico: consumidor@indecopi.gob.pe

Síguenos: Indecopi Oficial



Sitios web: www.indecopi.gob.pe / www.consumidor.gob.pe

/ Contenido

/ Presentación	6
/ Introducción	8
/ I. Aspectos generales y marco teórico	11
I.1. Noción de discriminación en el consumo	11
I.2. Marco normativo	13
/ II. Perspectiva global de la discriminación en el consumo	17
II.1. Enfoque de Derechos Humanos	17
II.2. Programas de cumplimiento y los Principios de Empresas y Derechos Humanos	18
/ III. Origen de la prohibición legal de la discriminación en el consumo en el Perú	23
/ IV. Jurisprudencia del Indecopi sobre discriminación en el consumo	27
IV.1. Temas sustantivos generales	27
IV.2. Temas probatorios y procedimentales	29
IV.3. Jurisprudencia por materias	45
1. Discriminación en el consumo por motivos étnico-raciales	46
2. Discriminación en el consumo por discapacidad	47
3. Discriminación en el consumo por género	55
4. Discriminación en el consumo por orientación sexual e identidad de género	58
5. Discriminación en el consumo por edad	77
/ V. Jurisprudencia del Indecopi sobre discriminación étnico-racial en la publicidad	83
/ VI. Conclusiones y recomendaciones	87
VI.1. Conclusiones	87
VI.2. Recomendaciones	88
/ VII Bibliografía	93
/ VIII Anexos	95

/ Presentación

Debo confesar que me siento muy honrado de haber recibido la invitación de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor para escribir las líneas iniciales de comentario a esta magnífica y necesaria publicación. Son ya dos décadas, 22 años para ser exactos, desde que nuestra legislación consagró explícitamente por vez primera la prohibición de la discriminación en el espacio del consumo. Este texto, escrito tan cuidadosamente por Rodrigo Delgado Capcha, celebra este hito jurídico, y también nos cuenta, como en la saga de una película, el legado que el Indecopi nos deja en dicho período como actor decisivo en la lucha contra la discriminación que ocurre en el espacio privado en nuestro país.

“Una mirada global a la discriminación en el consumo” pone en valor dos interesantes ideas que me parecen fundamentales para la comprensión de la realidad jurídica del consumo en el Perú.

La primera, que conceptualiza la discriminación en el consumo como un asunto de ineludible relevancia para los derechos humanos. Esta afirmación no es para nada menor. Atrás quedaron los días en los cuales lo constitucional y lo internacional eran comprendidos como planos escindidos, aislados de la realidad privada del consumo. Hoy, estos espacios se conectan -vía el control de constitucionalidad y de convencionalidad- con el Derecho Administrativo buscando alcanzar una clara meta: respetar y garantizar transversalmente el principio que prohíbe la discriminación de los individuos.

La segunda, que pone la discriminación en el consumo en contexto, la “aterrija”, rescatando los esfuerzos que a lo largo de estas décadas se siguen construyendo desde el Indecopi para adaptar las herramientas jurídicas a las sutiles y sofisticadas realidades de la discriminación. Estamos así ante un área del conocimiento jurídico que es por necesidad dinámica y contingente, y por ello, extremadamente fascinante, en tanto se encuentra en proceso de continua “adaptación al medio” que le toca regular.

Pero la historia jurídica del consumo en el Perú, relatada en los casos de este informe, muestra también otro detalle vinculado a la confianza ciudadana en el sistema de administración de justicia. Soy de los que cree que existe un punto de quiebre, que se ubica más o menos al inicio de la década del 2010, en el cual el Indecopi replantea su compromiso con el consumidor y sus circunstancias. A partir de ese momento, se inicia un impulso jurisprudencial -aún no culminado- que propone líneas de análisis interseccional del consumo, es decir, en función a las particularidades de los grupos de personas históricamente discriminados por las empresas en el Perú. Este nuevo enfoque ha permitido hacer visibles realidades injustas para los consumidores que estuvieron desde siempre allí, normalizadas ante nuestros ojos. Y eso ha ganado la confianza de la gente, del ciudadano de a pie que siente que tiene, en la vía administrativa, una chance de cambiar en algo el patrón discriminatorio del que fue víctima por

las acciones de un privado. El consumidor ya no está tan solo. Se le ha construido esperanza a través del Derecho.

Esto no fue siempre así. Las consecuencias de una mala decisión en el plano administrativo pueden no sólo bloquear el legítimo acceso a la justicia a favor de quien ha sido discriminado, sino también comprometer a futuro la responsabilidad internacional del Perú. Evidencia a la mano es el caso de Crissthian Olivera Fuentes v. Supermercados Peruanos, reseñado en este texto, e iniciado allá en el año 2005 en el Indecopi. Éste, que es hoy un litigio internacional contra el Estado peruano, se encuentra, más de una década después, en la etapa final de su procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Y todo empezó aquí. Estos son pues otros tiempos.

Quisiera también destacar que esta investigación es un esfuerzo académico y técnico muy honesto. En efecto, sus páginas desafían al propio Indecopi a hacer ajustes en el camino que estamos construyendo para crear ciudadanía en el consumo. Por ejemplo, este análisis encuentra oportunidades de mejora no sólo en lo que se refiere a la tarifa probatoria exigida a quien es discriminado, también nos recuerda y advierte que la ausencia de denuncias recientes en una determinada temática (la de la discriminación étnico-racial, por ejemplo) sea un signo de solución del asunto. Hay que estar, pues, atentos.

Es por todo lo anterior que creo que la difusión de este texto se hace urgente. Para quienes litigan estos casos, ya sea del lado de los consumidores o del sector privado, pero también para los decisores administrativos. Los comisionados y vocales del Indecopi tienen la obligación de conocer las líneas jurisprudenciales aquí reseñadas para mejorarlas, siendo pilares en el desarrollo progresivo de estándares que se ajusten, con equidad y desde el enfoque de derechos humanos, a los nuevos contextos del consumo. Y, qué duda cabe, este material es igualmente relevante para quienes hacemos investigación y seguimiento desde el espacio académico de los esfuerzos que se construyen desde el Estado en la lucha contra la discriminación.

Que la cercanía al Bicentenario de nuestra Independencia haga oportuno el mensaje de esperanza que esta inteligente investigación de Rodrigo Delgado Capcha siento nos quiere transmitir. Estamos como consumidores ciertamente mejor que hace 22 años, pero queda mucho pendiente. El Derecho no será el único factor en juego para lograr un cambio en el contexto estructural de la discriminación en el Perú, pero sin duda, es un elemento esencial que hace que no perdamos la confianza última en nuestras instituciones y, en realidad, en nosotros mismos como ciudadanos.

Carlos J. Zelada
Jefe del Departamento Académico de Derecho
Universidad del Pacífico

/ Introducción

Uno de los instrumentos con los que cuenta el Estado Peruano para combatir la discriminación es la legislación de protección al consumidor. Así, la Ley 25971, Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, prohíbe expresamente a las empresas discriminar a los consumidores por motivo de *“origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”*, precisando que todo trato diferente a los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables (art. 38).

En tal sentido, dicho Código califica la discriminación en el consumo como una infracción administrativa y, por tanto, el Indecopi, por propia iniciativa o por denuncia del consumidor afectado o de una asociación de consumidores, puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra la empresa involucrada, luego del cual, de comprobarse la infracción, está facultado para ordenarle el cumplimiento de medidas correctivas, por ejemplo que capacite a sus empleados sobre el tema, e imponerle una multa de hasta 450 UIT¹ (arts. 107, 110, 114).

En este contexto, el objeto del presente informe es contribuir a la difusión y análisis de la jurisprudencia del Indecopi sobre la discriminación en el consumo, es decir, los pronunciamientos de los órganos resolutivos del Indecopi sobre casos de esa materia, a fin de que los consumidores y las empresas estén cada vez mejor informados sobre sus derechos y deberes, respectivamente. Asimismo, se busca proporcionar insumos para los investigadores que deseen profundizar aspectos específicos de este tema.

Para tal efecto, luego de un breve y necesario marco teórico, normativo e histórico, se resumirán las principales resoluciones emitidas por las distintas Comisiones del Indecopi con competencias en materia de protección al consumidor a lo largo del Perú, que actúan como primera instancia administrativa en estos casos, y, sobre todo, los pronunciamientos más importantes de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, que constituye la segunda y última instancia administrativa sobre la materia a nivel nacional.

Cabe destacar que se pondrá especial énfasis en los casos resueltos en los últimos cinco años, en la medida que existe un informe previo que dio cuenta de la jurisprudencia anterior². Asimismo, en la medida que sea pertinente, se harán comentarios a algunos pronunciamientos o líneas jurisprudenciales, destacando avances y oportunidades de mejora para fortalecer la lucha del Indecopi contra la discriminación en el consumo³.

¹ Según el Código Tributario del Perú, la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es un valor de referencia que puede ser utilizado en las normas tributarias, entre otros. Por ejemplo, el valor de la UIT para el 2019 fue de S/ 4,200.

² INDECOPI. Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito. Jurisprudencia del INDECOPI. Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor. Investigación a cargo de Leoní Raúl Amaya Ayala. Lima, 2015. Disponible en

<https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminaci%C3%B3n+en+el+Per%C3%BA/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094>

³ El presente informe fue finalizado en diciembre del 2019, así que incluye las resoluciones emitidas hasta dicha fecha.



I.

ASPECTOS GENERALES Y MARCO TEORICO

/ I. Aspectos generales y marco teórico

En 1998 entró en vigencia la Ley 27049, Ley que precisa el derecho de los ciudadanos a no ser discriminados en el consumo, que por primera vez estableció en el Perú de manera explícita a nivel legislativo la prohibición de discriminar a los consumidores, incorporándola al entonces vigente Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor – actualmente derogada – y que es el antecedente inmediato de la actual regulación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, norma que mantiene dicha prohibición (art. 38).

Más de veinte años después, y luego de una abundante casuística acumulada sobre la materia, el Indecopi sigue recibiendo y resolviendo casos de este tipo, así como realizando investigaciones sobre la materia. En efecto, desde octubre del 2010 – año en que el Código de Protección y Defensa del Consumidor entró en vigencia – hasta julio del 2018, el Indecopi impuso multas por discriminación en el consumo que en total ascendieron a más de dos millones de soles⁴.

Asimismo, la II Encuesta Nacional Urbana en Materia de Protección del Consumidor, realizada en el 2019, reveló que frente a la pregunta *¿Con qué frecuencia se ha sentido discriminado por el personal de empresas como bancos, restaurantes, centros comerciales, discotecas, etc.?*, el 6% de los encuestados respondió *siempre* o *casi siempre*. En términos similares, frente a la pregunta *¿Con qué frecuencia ha sido testigo de un acto de discriminación por el personal de empresas como bancos, restaurantes, centros comerciales, discotecas etc.?* un 12% respondió *casi siempre* o *casi siempre*⁵.

No estamos hablando, entonces, de una realidad que haya desaparecido sino, por el contrario, de un problema social que pese a su ilegalidad aún persiste en nuestro país y es importante partir de esa premisa antes de profundizar en aspectos conceptuales o en el marco legal.

Ahora bien, el Estado Peruano, a través del Indecopi, viene combatiendo estas prácticas desde hace más de veinte años. En tal sentido, el presente informe analizará, precisamente, dicha labor. Para tal efecto, es importante preguntarse primero: ¿a qué nos referimos exactamente cuando hablamos de discriminación en el consumo? y ¿cuáles son las normas vigentes que actualmente prohíben esta práctica?

I.1. Noción de discriminación en el consumo

Discriminar significa, en sentido amplio, tratar diferente y, en sentido estricto, tratar diferente a una persona o grupo humano, por ejemplo, por motivos étnico-raciales. En tal sentido, dos

⁴ INDECOPI. Desde el año 2010 el Indecopi multó con más de 540 UIT a proveedores de 6 sectores económicos por discriminar a consumidores y les ordenó medidas correctivas para que no vuelvan a incurrir en esta infracción. Lima, Perú: Portal oficial del Indecopi. 2018. Disponible en: <http://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/6313>

⁵ INDECOPI. II Encuesta Nacional Urbana en Materia de Protección del Consumidor. Encuesta realizada por Ipsos Perú. 2019

son las acepciones principales que el Diccionario de la Real Academia Española reconoce para la voz discriminar: la primera, “*seleccionar excluyendo*”; la segunda, “*dar trato de inferioridad a una persona o colectivo por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.*”.

Ahora bien, en el terreno legal peruano, el Código de Protección y Defensa del Consumidor es la norma vigente que establece de forma expresa la siguiente prohibición: “*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*” (art. 38). Dicho Código también establece que protege al consumidor “*se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta*” (art. III).

De estas normas, podemos deducir que la discriminación en el consumo es aquella practicada por los *proveedores* en contra de los *consumidores*, estén *dentro o expuestos a una relación de consumo, o en una etapa preliminar a ésta*.

En este punto, cabe preguntarse: ¿Qué significa legalmente en el Perú ser *consumidor, proveedor* y, sobre todo, estar *dentro o expuesto a una relación de consumo, o en una etapa preliminar a esta*? A continuación, esbozaremos estos conceptos en líneas generales sobre la base de su regulación actual en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (arts. III y IV), así como de la respectiva jurisprudencia del Indecopi.

Consumidor es el destinatario final de un bien o servicio. Por ejemplo, cualquiera de nosotros cuando compramos alimentos o bebidas en un restaurante, o cuando pagamos la entrada para ingresar a una discoteca y disfrutar de sus instalaciones.

Proveedor es la persona, natural o jurídica, dueña del establecimiento o empresa que nos vende el bien o nos presta el servicio. Por ejemplo, la persona natural dueña del restaurante o la sociedad anónima dueña de la discoteca en los supuestos antes señalados.

Relación de consumo es el vínculo que se da entre un *consumidor* y un *proveedor* cuando el primero adquiere un producto o contrata un servicio con el segundo a cambio del pago de un precio.

En tal sentido, es fundamental resaltar que, para que se configure un caso de discriminación en el consumo, no es necesario “*estar dentro o expuesto a una relación de consumo*” o, en otras palabras, que se haya pagado previamente el precio del producto o servicio como en los ejemplos antes señalados, sino que esta conducta también puede darse cuando el proveedor impide el ingreso de la persona al establecimiento, negándole toda posibilidad de pagar el precio y entablar así una relación de consumo, es decir, cuando dicha relación se encuentra en

una etapa preliminar. De hecho, este último tipo supuesto de discriminación en el consumo fue el que originó su prohibición legal y aún sigue siendo uno de los más frecuentes⁶.

Es en los términos previamente expuestos que hablamos de discriminación en el consumo. Ahora bien, ¿cuáles son las normas que preceden y sustentan la prohibición legal de la discriminación en el consumo en nuestro ordenamiento jurídico?

I.2. Marco normativo

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala que *“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”* (art. 7).

Por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”* (art. 26).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que *“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 motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”* (art. 1.1).

Siendo el Perú uno de los Estados Parte de los tratados de Derechos Humanos antes mencionados, está obligado a garantizar que no exista discriminación alguna por motivos de sexo, idioma, opiniones políticas, o cualquier otro supuesto similar. En otras palabras, está obligado a respetar y proteger el derecho humano a la igualdad y no discriminación.

En este orden de ideas, la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho: *“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”* (art. 2.2). Asimismo, reconoce y protege los derechos de los consumidores disponiendo que: *“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”* (art. 65).

⁶ Entre los pronunciamientos más recientes, pueden verse las Resoluciones 534-2019/SPC-INDECOPI del 27 de febrero del 2019, 628-2018/SPC-INDECOPI del 26 de marzo del 2018, 2129-2018/SPC-INDECOPI del 20 de agosto del 2018 y 2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019.

En este punto, cabe recordar que el Tribunal Constitucional del Perú ha subrayado que los derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad y no discriminación, así como los derechos de los consumidores, vinculan no solo a los poderes públicos, sino también a los privados, reconociendo así la *eficacia horizontal de los derechos fundamentales*⁷.

Por su parte, el Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce el derecho de todo consumidor 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*” (art. 1.1. literal d) y, en consecuencia, prohíbe expresamente a los proveedores discriminar a los consumidores por motivo de “*origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole*”, precisando que todo trato diferente a los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables (art. 38).

Asimismo, dicho Código califica la discriminación en el consumo como una infracción administrativa y, por tanto, el Indecopi, por propia iniciativa o por denuncia del consumidor afectado o de una asociación de consumidores, puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra la empresa involucrada, luego del cual y de comprobarse la infracción, está facultado para ordenarle el cumplimiento de medidas correctivas e imponerle una multa de hasta 450 UIT (arts. 107, 110, 114).

En este orden de ideas, la prohibición legal de discriminación en el consumo contenida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor constituye una expresión del derecho humano a la igualdad y no discriminación, en tanto sanciona una práctica que lo vulnera.

⁷ Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú el 26 de agosto de 2004 y 14 de agosto de 2018, recaídas en los Expedientes 01643-2014-PA/TC y 1848-2004-AA/TC, respectivamente.

The background of the entire page is a solid yellow color. It is covered with a repeating pattern of stylized hands in various shades of yellow and orange. The hands are depicted in different orientations and sizes, creating a sense of movement and diversity. Some hands are open, while others are slightly curled. The pattern is dense and covers the entire surface.

II.

PERSPECTIVA GLOBAL DE LA DISCRIMINACION EN EL CONSUMO

/ II. Perspectiva global de la discriminación en el consumo

La discriminación en el consumo no es un problema exclusivo del Perú, sino que se presentado en muchos otros países. Solo a modo de ejemplo, en el 2018 una conocida cadena internacional de cafeterías que también opera en Perú fue acusada de prácticas racistas en uno de sus establecimientos de Estados Unidos⁸. De haberse presentado en el Perú, este caso probablemente habría podido ser materia de una investigación por parte del Indecopi.

Tratándose de un fenómeno internacional, la discriminación en el consumo debe discutirse de forma global, nutriéndose de las experiencias de otros sistemas jurídicos, así como de instrumentos internacionales. En tal sentido, dicha perspectiva global de la discriminación en el consumo puede aportar dos importantes elementos: el Enfoque de Derechos Humanos, que el Indecopi ha adoptado desde hace ya varios años, y la promoción de programas de cumplimiento, que vienen siendo impulsados recientemente.

Como veremos a continuación, estos dos aspectos se intersectan en unos lineamientos que pueden contribuir al diseño de estrategias para prevenir y combatir la discriminación en el consumo: los Principios de Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas, particularmente su concepto de diligencia debida.

II.1. Enfoque de Derechos Humanos

En los últimos años, el problema de la discriminación en el consumo ha sido abordado por el Indecopi partiendo de la premisa de que, si bien para la legislación peruana se trata de un asunto de Derecho del Consumidor, es a la vez una cuestión de Derechos Humanos, pues como hemos visto implica la lesión del derecho humano a la igualdad y no discriminación.

Esta perspectiva, a la que llamaremos Enfoque de Derechos Humanos, ha implicado, por ejemplo, el uso por parte de los órganos resolutivos del Indecopi de legislación y jurisprudencia internacional y nacional de dicha área del Derecho para fortalecer sus decisiones, y aún tiene mucho potencial para aportar en la lucha contra la discriminación.

En efecto, en sus pronunciamientos de los últimos años la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi ha recurrido a tratados internacionales sobre Derechos Humanos y a la jurisprudencia emitida por sus respectivos tribunales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.

Esto le permitió a dicho órgano resolutivo fortalecer sus decisiones que sancionan la discriminación en el consumo y, en particular, sustentar fallos que reconocieron a la

⁸ The Guardian. Coffee shop racism: where America's racial divisions are exposed. Estados Unidos: Plataforma de noticias The Guardian. 2019. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2018/may/28/coffee-shop-racism-starbucks-arrests>

discapacidad⁹, orientación sexual¹⁰ e identidad de género¹¹, como categorías protegidas bajo la prohibición de discriminación en el consumo contenida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, pese a que este no las señala expresamente, encontrándose dentro de la cláusula abierta “de cualquier otra índole”.

El Enfoque de Derechos Humanos ha trascendido el ámbito resolutivo y también se ha reflejado en la cooperación entre el Indecopi y otras entidades y espacios estatales directamente vinculados a la lucha contra la discriminación, a fin de desarrollar estrategias conjuntas, como el Consejo Nacional Contra la Discriminación¹².

En suma, este enfoque ha tenido un impacto positivo en la resolución de casos de discriminación en el consumo y tiene potencial para seguir contribuyendo en la lucha contra dicha práctica. Nos referimos, concretamente, a los aportes que puede ofrecer en la discusión de los programas de cumplimiento.

II.2. Programas de cumplimiento y los Principios de Empresas y Derechos Humanos

Hoy en día, la tendencia en el Derecho del Consumidor, siguiendo el camino trazado por el Derecho de la Competencia, es promover que las empresas implementen y desarrollen programas de cumplimiento o *compliance*. Tal como explicaremos brevemente a continuación, esta debe ser una prioridad cuando hablamos de discriminación en el consumo.

En el caso del Perú, una muestra clara del interés del Estado en promover programas de cumplimiento en materia de protección al consumidor es, precisamente, el Reglamento que promueve y regula la implementación de programas y productos de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial, aprobado por Decreto Supremo 185-2019-PCM y publicado el 30 de noviembre del 2019.

Cabe resaltar que esta norma se dio en el marco del Código de Protección y Defensa del Consumidor que establece requisitos específicos para que dichos programas de cumplimiento califiquen como circunstancias atenuantes en la graduación de sanciones por infracción a esta última norma (art. 112.4).

El Reglamento define a los programas de cumplimiento normativo en el ámbito del Derecho del Consumidor en los siguientes términos: “Conjunto de políticas y procedimientos implementados por un proveedor a fin garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas

⁹ Ver Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI del 11 de julio del 2012.

¹⁰ Ver Resolución 1507-2013/SPC-INDECOPI del 12 de junio del 2013.

¹¹ Ver Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril del 2014.

¹² Indecopi. El Indecopi refuerza su accionar frente a la lucha contra la discriminación en el consumo mediante su incorporación en la Comisión Nacional contra la Discriminación. 2019. Disponible en: <http://bit.ly/38sW8yC>

de protección al consumidor y publicidad comercial. Los programas de cumplimiento tienen como objetivo detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento de la normativa de parte de los proveedores, así como implementar medidas correctivas y preventivas que mejoren la gestión interna de los procesos de fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio, suministro de productos o prestación de servicios de cualquier naturaleza para los consumidores” (art. 3.1).

Respecto de la discriminación en el consumo en particular, existen razones adicionales para promover programas de cumplimiento. En primer lugar, conforme a lo desarrollado previamente, la discriminación en el consumo reviste una gravedad especial pues no solo es una violación a los derechos del consumidor sino, a la vez, constituye una afectación al derecho humano a la igualdad y no discriminación.

En este orden de ideas, la discriminación en el consumo implica un perjuicio irreparable pues por más multas o medidas correctivas que se impongan ello no cambiará el hecho de que los derechos humanos de las personas afectadas fueron vulnerados. Por ello, con mayor razón, la atención del debate debe centrarse en la prevención más que en la sanción.

En segundo lugar, los programas de cumplimiento para prevenir la discriminación en el consumo deben ser promovidos porque actualmente las principales reglas al respecto ya están dadas y son claras. En efecto, ya no es materia de debate la ilegalidad de la práctica, pues la ley es expresa al respecto, y tampoco es controvertido que en el ámbito del consumo las empresas están prohibidas de discriminar por discapacidad, orientación sexual o identidad de género, al margen de que dichas categorías no sean mencionadas expresamente por la prohibición legal. Pese a ello, se siguen presentando casos de discriminación en el consumo.

A propósito de la necesidad de prevenir la vulneración de un derecho humano como lo es el derecho a la igualdad y no discriminación, los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas, publicados en el 2011, constituyen actualmente una de las principales guías diseñadas para la prevención de impactos adversos en derechos humanos, como la discriminación en el consumo¹³.

La principal ventaja de estos principios es que proponen que las empresas desarrollen una debida diligencia (*due diligence*) en vez del mero cumplimiento (*compliance*). Así, la respectiva Guía Interpretativa define a la debida diligencia como “un proceso continuo que una empresa razonable y prudente necesita adoptar, a la luz de sus circunstancias (incluyendo sector, contexto operativo, tamaño y factores similares), para responder a su responsabilidad de respetar los Derechos Humanos”. Asimismo, dicha Guía señala que la debida diligencia implica un compromiso real con el respeto a los derechos involucrados y por tanto permite una prevención efectiva de impactos adversos. En tal sentido, va más allá del mero cumplimiento de una ley¹⁴.

¹³ NACIONES UNIDAS. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. 2011, Nueva York - Ginebra.

¹⁴ NACIONES UNIDAS. The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide. 2012, Nueva York - Ginebra, pág. 6.

En este punto, y a modo de recomendación preliminar, cabe destacar la necesidad de continuar abordando el problema de la discriminación en el consumo con un Enfoque de Derechos Humanos, así como de dar prioridad a la prevención promoviendo programas de cumplimiento, siendo un referente importante para tal efecto los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas. Volveremos a este documento más adelante cuando analicemos las medidas correctivas.





ORIGEN DE LA PROHIBICIÓN LEGAL DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO EN EL PERÚ

/ III. Origen de la prohibición legal de la discriminación en el consumo en el Perú

El reconocimiento expreso del derecho de los consumidores a no ser discriminados y la correspondiente prohibición legal de discriminar a los consumidores nació en un contexto muy particular que vale la pena relatar con mayor detalle.

En 1998 se difundieron a través de los medios de comunicación varias denuncias contra discotecas, acusándolas de restringir el ingreso a sus locales en virtud de criterios racistas, frente a lo cual el Indecopi intervino, sancionando a varias de ellas. Sin embargo, estas acudieron al Poder Judicial mediante un proceso constitucional de amparo y este emitió una sentencia adversa que resaltaba que la libertad de contratación permitía a los establecimientos abiertos el derecho de elegir a sus clientes.

Ello motivó protestas ciudadanas que dieron lugar a que el Congreso de la República aprobara la Ley 27049, que por primera vez estableció en el Perú de manera explícita la prohibición de discriminar a los consumidores, incorporándola al Decreto Legislativo 716, la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor¹⁵, actualmente derogada, y que es el antecedente inmediato de la prohibición establecida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (art. 38).

En este punto, el respectivo Diario de Debates del Congreso de la República¹⁶ da cuenta de los motivos que estuvieron detrás de este hito legislativo en la lucha contra la discriminación en el Perú.

Así, podemos enumerar como primer fundamento la necesidad de combatir las prácticas racistas de discotecas limeñas que habían sido respaldadas por el Poder Judicial. En palabras del señor Dennis Vargas Marín, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos y Pacificación y uno de los congresistas que presentó el proyecto:

“Ha surgido la necesidad de dar esta ley, vía interpretación auténtica del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 716, porque una sentencia, una desafortunada resolución de la Sala de Derecho Público recientemente ha amparado un recurso de dos discotecas. (...) no hay ninguna razón ni argumento que pueda justificar discriminación de ninguna naturaleza. Sin embargo, el fallo, la sentencia de la Sala de Derecho Público, al declarar fundada la acción de amparo presentada por estos dos establecimientos, deja un nefasto precedente, que no debe repetirse. Por eso, nuestra propuesta es muy sencilla, muy simple.

¹⁵ Para mayores detalles, cfr. ARDITO, Wilfredo. La experiencia de la Mesa contra el Racismo. La discriminación en el Perú: Balance y desafíos. Universidad del Pacífico, 2012, Lima, p. 301-307; y ESPINOZA, Juan A. Derecho de los Consumidores. Editorial Rodhas, 2012, Lima, p. 243-245.

¹⁶ La información que a continuación se cita ha sido extraída de CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Diario de Debates de la 22ª sesión matinal correspondiente al martes 22 de diciembre de 1998, p. 2557-2559 y 3561.

(...)

En una palabra, esta iniciativa de ley lo que hace es simplemente decirle al Poder Judicial y a los peruanos que Indecopi sí tiene función, sí tiene jurisdicción, sí tiene competencia para sancionar con multas a aquellos empresarios que discriminan en el mercado o cualquier forma de discriminación en el mercado contra el consumidor. De eso se trata. Éste es un proyecto de ley muy simple, porque el Congreso tiene que dar una señal al país tratando de cautelar los derechos de las personas.”

Un segundo motivo, estrechamente relacionado con el anterior, fue fomentar la integración en el Perú, reconociéndolo como un país diverso étnicamente y pluricultural, y siguiendo la orientación de la Constitución Política del Perú de 1993. En efecto, el congresista Carlos Torres y Torres Lara, uno de los defensores del proyecto de ley, señaló que:

“Cuando se dictó la Constitución del año 1993, se aclaró debidamente, luego de muchas manifestaciones, la importancia de la integración en el Perú. (...) Queremos reiterar lo que dijimos antes, desde el año 93: el Perú ha de integrarse; y para esto necesita que se respeten sus culturas, sus razas, su integración. (...) La integración peruana al cambio de las estructuras y al respeto a la población. La integración del Perú no se logra solamente con leyes o normas constitucionales, sino con la personalidad firme de integración de todo el pueblo. De tal manera que, al dar esta norma, nosotros no solamente queremos conducir a los jueces por la vía correcta de la interpretación de la Constitución, sino también invitar a la población a tener una actitud siempre de respeto a nuestras distintas manifestaciones culturales.”

Finalmente, una tercera finalidad fue garantizar el funcionamiento de la economía de mercado establecida en el Perú por la Constitución Política de 1993, para lo cual era necesario un Estado de Derecho, el cual implicaba como principio fundamental no solo la libertad sino también la igualdad. En tal sentido, la congresista Beatriz Merino precisó:

“Para que una economía de mercado funcione como la hemos descrito, es indispensable contar con una garantía que les permita a los consumidores y a los empresarios participar en ella. Y esa garantía, señor Presidente, se denomina Estado de derecho, en el que uno de sus principios fundamentales es la igualdad ante la ley (...)][E]n las relaciones de intercambio, en particular las de consumidor proveedor o cliente-servidor, cuando aparece la discriminación contaminan un acto de cooperación, que por definición es libre y voluntario. De este modo, se ataca el corazón mismo de la economía de mercado, “infartándolo”, pues la soberanía del consumidor se merma hasta desaparecer frente al prejuicio del proveedor del bien o del prestador de un servicio, que no cumple con su finalidad económica esencial, cual es la de servir a sus consumidores o a sus clientes. Por eso, el derecho del consumidor a no ser discriminado nace del principio de la igualdad ante la ley.”

Es importante tener clara la finalidad original de estas normas para el cabal entendimiento de la interesante evolución jurisprudencial que se ha dado en los años posteriores por parte de los órganos resolutivos del Indecopi, la cual abordaremos a continuación.

The background of the entire page is a solid yellow color. It is covered with a repeating pattern of stylized hands in various shades of yellow and orange. The hands are depicted in different orientations and sizes, some appearing to be reaching out or holding onto each other, creating a sense of community and support.

IV. JURISPRUDENCIA DEL INDECOPI SOBRE DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO

/ IV. Jurisprudencia del Indecopi sobre discriminación en el consumo

IV.1. Temas sustantivos generales

a) Uno solo tipo infractor

Como se ha señalado, el Código de Protección y Defensa del Consumidor prohíbe la discriminación en el consumo calificándola como una infracción administrativa y, por tanto, el Indecopi, por propia iniciativa o por denuncia del consumidor afectado o de una asociación de consumidores, puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra la empresa involucrada, luego del cual y de comprobarse la infracción, está facultado para ordenarle el cumplimiento de medidas correctivas, por ejemplo que capacite a sus empleados sobre el tema, e imponerle una multa de hasta 450 UIT. La referida prohibición legal está redactada en los siguientes términos:

“Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores

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

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

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

Desde el 2010, año en que entró en vigencia el Código de Protección y Defensa del Consumidor, hasta junio del 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi había interpretado que este artículo contenía dos tipos infractores. Es decir, que la ley sancionaba dos conductas y no solo una.

Para la Sala, la referida norma prohibía, en primer lugar, la *discriminación en el consumo*, la cual se verificaba cuando no se aplicaban las mismas condiciones comerciales a consumidores debido a su pertenencia a un grupo vulnerable a la discriminación o históricamente discriminado, lo cual se sustentaba en prejuicios que afectaban la dignidad de las personas. En otras palabras, todo trato diferenciado que obedeciera a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual, identidad de género u otros supuestos similares.

Asimismo, la Sala consideraba que, en segundo lugar, el Código de Protección y Defensa del Consumidor prohibía el trato *diferenciado ilícito*, esto es, la selección de clientela, exclusión de

personas u otras prácticas similares cuando no mediaban razones objetivas y justificadas. Dicho de otro modo, un trato diferenciado sin ninguna motivación aparente que constituía una arbitrariedad¹⁷.

Sin embargo, recientemente la Sala, bajo una conformación distinta, ha cambiado de criterio estableciendo que la referida prohibición legal debe ser entendida como un único tipo infractor que engloba cualquier conducta que afecte el derecho a la igualdad a través de un trato discriminatorio. En otras palabras, para la actual Sala dicha norma prohíbe una sola conducta, la discriminación en el consumo, la misma que bajo esta nueva y extensiva noción engloba las dos conductas separadas que la anterior Sala consideraba. El razonamiento puede apreciarse en los siguientes párrafos de la resolución citada:

“26. (...) en atención a que el artículo 2 de la Constitución y el artículo 38 del Código no realizan una diferenciación de carácter normativo entre trato diferenciado y discriminación, este Colegiado ha considerado pertinente reevaluar el criterio empleado; y, consecuentemente, sostener que el tipo infractor contenido en el citado artículo 38 debe ser entendido como una única figura jurídica que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad y que se materialice a través de un trato discriminatorio hacia los consumidores. (...) 28 Es importante recalcar que el razonamiento planteado en este pronunciamiento no implica desconocer que existen actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que es posible que se configure un trato desigual que implique un mayor grado de afectación a la dignidad de una persona (por ejemplo, en casos donde la discriminación se origine por temas vinculados a raza, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual deberá ser merituado al momento de graduar la sanción.”¹⁸

Esta nueva comprensión de la figura jurídica de la discriminación en el consumo debe ser tomada en cuenta en el estudio de los casos que abordaremos más adelante.

b) Responsabilidad vicaria

La Sala Especializada en Protección al Consumidor ha establecido que los proveedores no pueden invocar la actuación o conducta de sus dependientes como hecho determinante de tercero para eximirse de responsabilidad administrativa por la conducta infractora detectada en la inspección. En efecto, el sistema de protección al consumidor no hace distinción alguna dentro de la estructura organizacional que recubre la actividad del proveedor¹⁹.

Cabe destacar que la denominada responsabilidad vicaria establecida por el Código Civil constituye una regla similar, en virtud de la cual los principales deben resarcir los daños causados por sus dependientes o subordinados en el desarrollo de las funciones encomendadas, siempre y cuando estas se encuentren dentro de los actos ordinarios del negocio (art. 1981).

¹⁷ Resoluciones 2808-2010/SC2-INDECOPI del 16 de diciembre del 2010 y 2135-2012/SC2-INDECOPI del 11 de julio del 2012.

¹⁸ Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019.

¹⁹ Resoluciones 1507-2013/SPC-INDECOPI del 12 de junio del 2013 y 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre del 2015.

IV.2. Temas probatorios y procedimentales

a) Prueba de la discriminación en el consumo

¿Cómo se prueba la discriminación en el consumo? Al respecto, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece lo siguiente:

“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.”

La Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi ha interpretado que dicho artículo establece las siguientes reglas probatorias:

- (i) La persona que denuncia haber sido discriminada, en los procedimientos iniciados por denuncia del consumidor afectado, o el Indecopi, en los procedimientos promovidos por su propia iniciativa, tienen, respectivamente, la carga de probar la existencia de un trato diferenciado por parte del proveedor hacia el consumidor. Por ejemplo, que le negaron la entrada a una discoteca a diferencia del resto de personas que ingresaron con normalidad.

De no acreditarse el trato diferenciado, no se considera probada la discriminación en el consumo y la denuncia es declarada infundada

- (ii) Si se acredita el trato diferenciado, la carga probatoria se invierte y al proveedor le corresponde demostrar que el trato diferenciado se debió a una causa objetiva y razonable. Por ejemplo, que se negó el ingreso a una discoteca porque la persona pretendió ingresar con armas, lo cual ponía en peligro la seguridad de los demás consumidores.

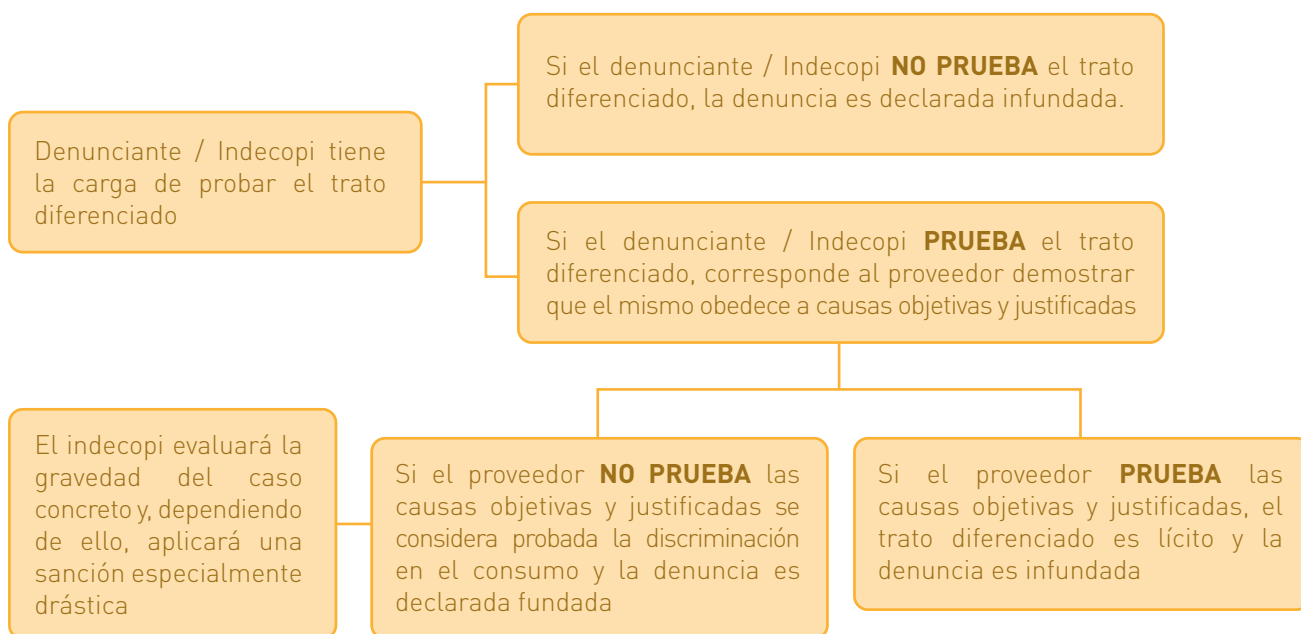
De acreditar dicha causa objetiva y razonable, se considera probado un trato diferenciado es lícito y la denuncia es declarada infundada, salvo que el denunciante o el Indecopi, dependiendo del caso, acrediten que ello es un fraude para encubrir una práctica discriminatoria, para lo cual es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios

(iii) Si el proveedor no demuestra la existencia de dicha causa objetiva y razonable que justifique el trato diferenciado, se considera probada la discriminación en el consumo y la denuncia es declarada fundada, con las consecuencias descritas anteriormente. Si adicionalmente se verifica que la discriminación se debe a motivos étnico-raciales, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género u otros motivos similares, se aplica una sanción especialmente drástica²⁰.

Lo señalado anteriormente puede ser graficado de la siguiente manera:

¿Cómo se prueba la discriminación en el consumo?

Artículo 39° del Código de Protección y Defensa del Consumidor



Ahora bien, en la siguiente sección analizaremos, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, cómo se acreditan cada uno de los elementos antes señalados.

a. 1. Prueba del trato diferenciado

Como se ha señalado, en primer lugar, corresponde al denunciante – en los procedimientos iniciados por denuncia del consumidor afectado – o al Indecopi – en los procedimientos promovidos por propia iniciativa de dicha autoridad administrativa – acreditar un trato diferenciado.

Respecto de dicha conducta que va a ser objeto de probanza, es importante señalar que, si bien generalmente se traduce en el impedimento de ingreso a un local o la negativa a contratar,

²⁰ Resoluciones 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019, 2059-2019/SPC-INDECOPI del 31 de julio del 2019, 2758-2019/SPC-INDECOPI del 4 de octubre del 2019 y 2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019.

también puede adoptar otras formas. Así, en relación con los establecimientos abiertos al público, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi ha determinado que también califican como trato diferenciado el cobro de una suma de dinero mayor a la requerida a la generalidad de consumidores para el ingreso²¹, así como que el personal de seguridad intervenga y reprima las manifestaciones de afecto de una pareja²².

Dicho esto, en muchos casos el referido trato diferenciado no es controvertido en tanto el proveedor denunciado lo acepta y se concentra, más bien, en sustentar las causas objetivas y justificadas que motivaron dicho trato²³.

No obstante, en muchos otros casos el trato diferenciado es negado por el proveedor denunciado y, por tanto, controvertido, siendo que se han aceptado como pruebas reclamos presentados en el Libro de Reclamaciones que no fueron observados por el proveedor en su momento²⁴, o grabaciones en video o audio de las conversaciones de los denunciados con el personal de las denunciadas²⁵.

Asimismo, si el trato diferenciado se refiere a los comentarios de personal del proveedor denunciado en su página de Facebook, se ha considerado suficiente para acreditarlo la impresión de las capturas de pantalla, sin necesidad de cotejar el contenido impreso con el digital o una certificación notarial, salvo que el denunciado presente pruebas de la falsedad de las mismas o que de su revisión se evidencie algún elemento que haga dudar de su veracidad²⁶.

En materia educativa, particularmente denuncias de discriminación en el consumo contra colegios, la Sala ha precisado que si el trato diferenciado alegado es el condicionamiento de la matrícula del menor de edad a la firma de una “carta de compromiso”, es suficiente probar que se ha requerido la firma de la misma al momento de efectuar la matrícula. Es decir, no es necesaria la presentación de un documento que expresamente señale dicho condicionamiento. Ello, debido a la particular posición que tiene el colegio frente a los padres de familia, pudiendo condicionarlos, y en tanto “compromiso” significa “obligación contraída” conforme al Diccionario de la Real Academia Española²⁷.

a. 2. Prueba de las causas objetivas y justificadas

En segundo lugar, una vez acreditado el trato diferenciado, corresponde al proveedor denunciado probar las causas objetivas y justificadas que sustentarían dicha diferenciación. Aquí es importante resaltar que no es prueba suficiente la sola declaración jurada del personal

²¹ Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril del 2014.

²² Resoluciones 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre del 2015 y 3167-2017/SPC-INDECOPI del 6 de noviembre del 2017.

²³ Resoluciones 2128-2018/SPC-INDECOPI del 20 de agosto del 2018 y 2145-2018/SPC-INDECOPI del 22 de agosto del 2018.

²⁴ Resolución 1800-2019/SPC-INDECOPI del 2 de julio del 2019.

²⁵ Resolución 2880/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019.

²⁶ Resolución 3136-2018/SPC-INDECOPI del 14 de noviembre del 2018.

²⁷ Resolución 2059-2019/SPC-INDECOPI del 31 de julio del 2019.

del denunciado²⁸ ni tampoco los informes que dicho personal pueda presentar. Un medio de prueba idóneo es, más bien, una constatación policial, así como audios o videos, sobre todo cuando se alegan supuestos antecedentes de los denunciantes²⁹.

A modo de ejemplo, se puede citar el caso de un casino que impidió el ingreso de un individuo debido a que amedrentaba a sus trabajadores frente a la negativa de beneficios exorbitantes, lo cual fue demostrado mediante videos y cartas remitidas a dicha persona con anterioridad al impedimento de ingreso, los mismos que documentaban dichos incidentes. Esta conducta violenta configuró una causa objetiva y justificada que liberó de responsabilidad al casino que había sido denunciado³⁰.

a. 3. *¿Plus probatorio para acreditar discriminación agravada?*

Una vez acreditado el trato diferenciado y en tanto el proveedor no haya demostrado una causa objetiva y justificada que sustente el mismo, ya se ha probado un caso de discriminación en el consumo, por lo que corresponden aplicar las consecuencias jurídicas que el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece, fundamentalmente las medidas correctivas y las multas.

Sin embargo, ello no significa que la evaluación del caso concreto termine aquí pues si bien dicho análisis ha concluido para la probanza de la discriminación en el consumo, aún juega un papel fundamental en la graduación de la sanción correspondiente, en tanto de ello dependerá si nos encontramos frente a un caso de discriminación en el consumo agravada que deba ser sancionado con severidad.

Así, cabe reiterar que recientemente la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi ha determinado que el Código de Protección y Defensa del Consumidor prohíbe un solo tipo de conducta, la discriminación en el consumo, precisando que ello *“no implica desconocer que existen actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que es posible que se configure un trato desigual que implique un mayor grado de afectación a la dignidad de una persona (por ejemplo, en casos donde la discriminación se origine por temas vinculados a raza, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual deberá ser merituado al momento de graduar la sanción”*³¹.

De lo anterior se infiere que, siguiendo el lenguaje de la Sala, actualmente puede hablarse de discriminación en el consumo no agravada, referida a aquella que no responde a motivos étnico-raciales, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género u otros motivos similares, y de discriminación en el consumo agravada, referida a aquella que sí responde a dichas razones.

²⁸ Resolución 0321-2017/SPC-INDECOPI del 23 de enero del 2017.

²⁹ Resoluciones 3486-2015/SPC-INDECOPI del 4 de noviembre del 2015.

³⁰ Resolución 241-2019/SPC-INDECOPI del 28 de enero del 2019.

³¹ Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019.

En este punto, cabe preguntarse: en los casos donde la víctima alega que fue discriminada por motivos étnico- raciales, su discapacidad, su orientación sexual, su identidad de género u otros motivos similares, y donde ya se probó un trato diferenciado que el denunciado no pudo justificar, ¿qué elementos adicionales se requieren para que se reconozca dicha gravedad y se sancione con la severidad que amerita? ¿no basta todo lo anterior? Nótese que esta es una pregunta fundamental pues, como veremos en la sección correspondiente a las multas, de la respuesta depende que se sancione con una multa de 50 UIT.

Aún no existen suficientes pronunciamientos de la Sala, con posterioridad al cambio de criterio comentado previamente, que aborden directamente este punto, como para establecer una línea jurisprudencial que responda a esta pregunta.

Sin embargo, es importante destacar que, con anterioridad a dicho pronunciamiento, esta era una cuestión probatoria, es decir, la Sala exigía pruebas o indicios adicionales que le generaran convicción de que el trato diferenciado, no sustentado en causas objetivas y justificadas, se debía a motivos étnico- raciales, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género u otras características equivalentes del denunciante, y, por tanto, debía ser sancionada con severidad. Es decir, se exigía un *plus* probatorio.

Así, la palabra de la denunciante o los meros testimonios de las personas que lo acompañaban no eran suficientes para acreditar dicha gravedad³², siendo que en las denuncias fundadas por discriminación agravada el *plus* antes señalado era cumplido por reconocimiento expreso de la denunciada, lo cual sucedía casi con exclusividad en los casos de discriminación por discapacidad³³, o, sobre todo, con la presentación de grabaciones de audio o video que contenían expresiones discriminatorias vertidas por personal de los proveedores denunciados hacia los consumidores denunciante³⁴ o incluso en sus escritos a lo largo del procedimiento³⁵.

En este contexto, es razonable preguntarse si la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi continuará exigiendo ese *plus* probatorio.

Aquí es importante destacar que la exigencia de tal *plus* probatorio no armonizaba con el hecho de que la referida Sala había reconocido en reiterada jurisprudencia la dificultad probatoria que enfrentan las víctimas de discriminación en el consumo, lo cual justifica a nivel legal, jurisprudencial y doctrinario la flexibilización de su carga probatoria en el marco de un Enfoque de Derechos Humanos³⁶.

³² Resolución 1982-2015/SPC-INDECOPI del 22 de junio del 2015.

³³ Resolución 2145-2018/SPC-INDECOPI del 22 de agosto del 2018.

³⁴ Resolución 2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019.

³⁵ Resolución 1818-2019/SPC-INDECOPI del 5 de julio del 2019.

³⁶ Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril del 2014.

Así, como hemos señalado en un trabajo anterior³⁷, conforme a una interpretación literal del artículo 39 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, reforzada por una lectura constitucional que tenga en cuenta el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, así como el deber del Estado al respecto, y cumpliendo un parámetro de razonabilidad, no se puede exigir al consumidor denunciante que pruebe que el trato desigual recibido responde a la intención discriminatoria del proveedor denunciado. A ese denunciante, solo le es exigible probar la existencia de un trato desigual, siendo que de cumplir ello, corresponderá al proveedor acreditar una causa objetiva y razonable que justifique dicho trato.

Una interpretación contraria que exija ese *plus probatorio* para dar por acreditada la discriminación, incluso en casos donde el trato desigual ha sido probado por el consumidor y donde el proveedor no ha acreditado la justificación del mismo, no siendo controvertida la pertenencia del denunciante a una “categoría sospechosa de discriminación” (ser afroperuano, indígena, una persona con discapacidad, gay, lesbiana, bisexual, transgénero, u otra situación similar) desnaturaliza la finalidad de la prohibición de discriminar a los consumidores contenida en los artículos 38 y 39 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, despojando de tutela a quienes la ley, precisamente, ha buscado proteger.

La preocupación por la exigencia de un *plus probatorio* ha sido resaltada con particular énfasis respecto de los casos de discriminación en el consumo por orientación sexual e identidad de género en un reciente estudio de la jurisprudencia sobre la materia que concluye lo siguiente:

“El INDECOPI ha construido un estándar que prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género. A pesar de ello, sólo un cuarto de los procedimientos estudiados lograron una respuesta final positiva del INDECOPI. Por lo tanto, podemos concluir que el Sistema de Protección al Consumidor no ha sido un mecanismo efectivo para sancionar las conductas discriminatorias en contra de las personas LGBT.

En este contexto, la prueba ha representado el mayor obstáculo en la persecución de justicia en sede administrativa, tanto en los casos ganables como no-ganables. Además de las dificultades que trae consigo el propio sistema de prueba que realiza una incorrecta distribución de la carga de la prueba y exige medios de prueba que no están necesariamente a disposición de todos, la excusa probatoria también ha sido utilizada por los juzgadores para rechazar pretensiones que solicitaban acciones positivas por parte de los proveedores.

Los hallazgos presentados en esta investigación nos invitan a (re)evaluar la efectividad del Sistema de Protección al Consumidor en torno a la discriminación

³⁷ DELGADO CAPCHA, Rodrigo. La prueba de la discriminación prohibida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú. Actualidad Jurídica N° 288, Noviembre de 2017, Lima, p.191 – 203.

hacia las personas sexualmente disidentes. El objetivo, entonces, es lograr construir un sistema que comprenda lo que significa ser marica o trans en el Perú.*³⁸

En tal sentido, una primera recomendación en materia probatoria es que la Sala Especializada en Protección al Consumidor y las Comisiones con competencias sobre protección al consumidor del Indecopi tengan en cuenta estos cuestionamientos a la exigencia de un *plus* probatorio, al momento de definir si, a la luz de su nuevo criterio (que reconoce que todo trato diferenciado injustificado constituye discriminación), van a exigir elementos adicionales para calificar un caso como discriminación agravada (esto es, declarar que esta conducta se debió a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual o identidad de género u otros motivos similares, y por tanto le corresponde una multa drástica) cuando el denunciante lo alegue y ya haya acreditado un trato diferenciado que el denunciado no pudo justificar.

Por otro lado, respecto de la dificultad probatoria de la discriminación en el consumo, es importante destacar el papel clave que puede jugar la realización oportuna de inspecciones. En tal sentido, cabe resaltar que en dos casos relativamente recientes de discriminación en el consumo contra personas transgénero, el medio probatorio determinante que permitió sancionar las conductas denunciadas como una discriminación agravada fueron las inspecciones realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Lima Norte y la Oficina Regional del Indecopi de Madre de Dios, respectivamente, apenas fueron reportadas las referidas conductas y antes de notificar al denunciado los cargos imputados³⁹.

En este punto, es fundamental destacar que la Ley del Procedimiento Administrativo General establece el principio de verdad material, en virtud del cual *“En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas”* (art. 1.1).

Por ello, una segunda recomendación en materia probatoria es que el Indecopi evalúe la pertinencia de elaborar lineamientos de inspecciones para los órganos resolutivos encargados de los casos de discriminación en el consumo, que establezcan un protocolo en virtud del cual, cuando haya indicios de un caso de discriminación en el consumo agravada, las Secretarías Técnicas realicen una inspección inmediatamente.

b) Medidas correctivas

Una vez acreditada la discriminación en el consumo, corresponde analizar sus consecuencias legales. En tal sentido, el Código de Protección y Defensa del Consumidor faculta al

³⁸ ZELADA, Carlos J. Ironía probatoria: Los estándares de prueba utilizados por INDECOPI en casos de discriminación por orientación sexual e identidad de género (1999-2019). Ponencia presentada en la edición XXXVII del Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), 24-27 de mayo de 2019, Boston (Estados Unidos).

³⁹ Resoluciones 146-2017/ILN-CPC-INDECOPI y 535-2017/INDECOPI-CUS-INDECOPI, confirmadas por las Resoluciones 0628-2018/SPC-INDECOPI del 26 de marzo del 2018 y 1539-2018/SPC del 22 de junio del 2018, respectivamente.

Indecopi a ordenarle al proveedor infractor que realice acciones específicas denominadas medidas correctivas, las cuales serán abordadas en esta sección del informe. En particular, se desarrollará cuáles son los tipos de medidas correctivas que el Indecopi puede ordenar conforme al referido marco legal, cuáles son las que ha impuesto en la práctica y, finalmente, cómo puede mejorarse esta herramienta en beneficio de los consumidores afectados por la discriminación.

b.1) Las medidas correctivas que el Indecopi puede ordenar

El Código de Protección y Defensa del Consumidor establece expresamente que cuando un proveedor infringe alguna de sus disposiciones, el Indecopi, a través de sus órganos resolutivos, puede dictar de oficio o a pedido de parte medidas correctivas (art. 114), es decir, ordenar a dichos infractores la realización de conductas específicas. Dependiendo de la finalidad perseguida, dicha norma distingue entre medidas correctivas reparadoras y complementarias.

Por un lado, las medidas correctivas reparadoras tienen por finalidad compensar las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa, revirtiéndolas a su estado anterior y pueden consistir en las siguientes acciones (art. 115):

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

Por otro lado, las medidas correctivas complementarias tienen por finalidad revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes (art. 116):

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

Asimismo, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que si el proveedor obligado a cumplir con una medida correctiva la incumple, el Indecopi le puede imponer una multa coercitiva no menor de tres (3) UIT, salvo que se trate de una microempresa, en cuyo caso se le impondrá una multa no menor de una (1) UIT. En caso de persistir el incumplimiento, el órgano resolutorio puede imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta hasta el límite de doscientas (200) UIT (art. 119).

b.2) Las medidas correctivas ordenadas en la jurisprudencia reciente del Indecopi

En sus pronunciamientos de los últimos cinco años sobre casos de discriminación en el consumo, tanto las Comisiones con competencia en materia de protección al consumidor como la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi han preferido ordenar medidas correctivas complementarias, siendo las más frecuentes el cese de la conducta⁴⁰ y la publicación de carteles contra la discriminación en el consumo⁴¹.

Respecto de los carteles contra la discriminación, es importante destacar que su contenido no solo se limita a dar cuenta de la prohibición legal de la discriminación en el consumo, sino que también se incluye el derecho del consumidor afectado de efectuar el reclamo respectivo y

⁴⁰ Resoluciones 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril del 2014, 3241-2016/SPC-INDECOPI del 6 de setiembre del 2016, 1227-2016/SPC-INDECOPI del 11 de abril del 2016, 3167-2017/SPC-INDECOPI del 6 de noviembre del 2017, 2129-2018/SPC-INDECOPI del 20 de agosto del 2018, 534-2019/SPC-INDECOPI del 27 de febrero del 2019, 2758-2019/SPC-INDECOPI del 4 de octubre del 2019 y 2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019.

⁴¹ Resoluciones 0628-2018/SPC-INDECOPI del 26 de marzo del 2018, 1539-2018/SPC-INDECOPI del 22 de junio del 2018, 2129-2018/SPC-INDECOPI del 20 de agosto del 2018, 534-2019/SPC-INDECOPI del 27 de febrero del 2019, 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019, 2758-2019/SPC-INDECOPI del 4 de octubre del 2019 y 2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019.

denunciar tal conducta ante el Indecopi. Así, en un reciente pronunciamiento que sancionó a un hotel por discriminación por orientación sexual, la Sala le ordenó como medida correctiva 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.” 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.”⁴²

Asimismo, cabe destacar que en los últimos casos de discriminación agravada por edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad y similares, la Sala ha ordenado medidas correctivas complementarias consistentes en brindar una capacitación a los trabajadores de la infractora sobre prevención de discriminación en el consumo, precisando el tipo de empleados que deben estar involucrados⁴³. A modo de ejemplo, en el pronunciamiento antes citado que sancionó a un hotel por discriminar a una pareja del mismo sexo, la Sala ordenó la siguiente medida correctiva al infractor:

“en el plazo máximo de 6 meses contado a partir de la recepción de la presente notificación, cumpla con brindar una capacitación sobre prevención de discriminación en el consumo a todos sus trabajadores que: (a) tengan contacto directo con clientes por cualquier canal de atención; y, (b) 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 dentro de la estructura del denunciado) y contar con mecanismos de registro de asistentes, así como de evaluación de los contenidos impartidos”⁴⁴.

A mayor abundamiento, en pronunciamientos recientes, la Sala ha exhortado a las Comisiones a evaluar la imposición, de oficio o a pedido de parte según corresponda, de ese tipo de medidas correctivas⁴⁵.

⁴² Resolución 2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019.

⁴³ Resoluciones 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019, 2059-2019/SPC-INDECOPI del 31 de julio del 2019, 2758-2019/SPC-INDECOPI del 4 de octubre del 2019 y 2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019.

⁴⁴ Resolución 2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019.

⁴⁵ Resoluciones 1539-2018/SPC-INDECOPI del 22 de junio del 2018 y 0534-2019/SPC-INDECOPI del 27 de febrero del 2019.

Finalmente, también se ha ordenado a las empresas que infringen la prohibición legal de discriminación en el consumo, como medidas correctivas, la remisión de cartas de disculpas a los denunciantes⁴⁶ y otras medidas correctivas específicas estrechamente vinculadas con la particular conducta de denunciada. Por ejemplo, en casos de seguros donde se denunciaba la negativa a contratar de las aseguradoras, se ha ordenado que se evalué nuevamente la solicitud de los denunciantes⁴⁷.

b.3) Comentario

La mayor precisión con la que la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha venido estableciendo las medidas correctivas referidas a la capacitación de los empleados, por ejemplo especificando el tipo de trabajadores que debe ser involucrado en tal capacitación, constituye un avance pues mientras más claros sean los términos de dichas órdenes, más factible será su cumplimiento por parte de los proveedores en beneficio de los consumidores. En tal sentido, es fundamental que se continúen perfeccionando tales medidas correctivas.

Para tal efecto, deberían tomarse en cuenta tres referentes: (i) el Reglamento que promueve y regula la implementación de programas y productos de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial, aprobado por Decreto Supremo 185-2019-PCM y publicado el 30 de noviembre del 2019; (ii) los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas, publicados en el 2011; y (iii) la jurisprudencia del Indecopi en materia de libre competencia sobre medidas correctivas que ordenan la implementación de programas de cumplimiento, así como el Proyecto de Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, publicado en setiembre de 2019.

En primer lugar, la finalidad del Reglamento mencionado previamente, tal como su nombre lo indica, es promover y regular la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo o *compliance* en materia de protección al consumidor, tomando como base el Código de Protección y Defensa del Consumidor que establece requisitos específicos para que dichos programas de cumplimiento califiquen como circunstancias atenuantes en la graduación de sanciones por infracción a esta última norma (art. 112.4).

Este Reglamento constituye un referente importante porque puede ser utilizado por las Comisiones y la Sala para, en algunos casos de discriminación en el consumo, ordenar como medida correctiva no solo la realización de una capacitación a los trabajadores, sino la implementación de un programa de cumplimiento, el cual por su propia naturaleza tiene una vocación más integral y podría resultar un mecanismo aún más efectivo para prevenir la discriminación en el consumo. En tal sentido, al momento de establecer las características de tales programas de cumplimiento ordenados como medidas correctivas, los referidos órganos resolutivos podrían guiarse de dicho Reglamento.

⁴⁶ Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril del 2014.

⁴⁷ Resolución 5016-2016/SPC-INDECOPI del 26 de diciembre del 2016.

Asimismo, el Reglamento contiene elementos que podrían ser directamente incorporados en las medidas correctivas que ordenan la capacitación de empleados en casos de discriminación en el consumo. En efecto, dicha norma desarrolla qué significa “el involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos del proveedor” respecto de los programas de cumplimiento. Por ejemplo, que sean aprobados por el directorio o el órgano de gobierno del proveedor conforme a su forma de constitución empresarial, que existan mecanismos de vigilancia internos de su cumplimiento y que todo involucramiento esté documentado (art. 5).

Ello puede ser adaptado para dar un contenido más específico y claro a las medidas correctivas bajo análisis que, como hemos visto, exigen que se refleje, precisamente, “el involucramiento de los principales directivos de la empresa”.

En este punto, cabe resaltar que así como el Reglamento y toda regulación referidas a programas voluntarios de cumplimiento en materia de protección al consumidor puede servir de referente para las medidas correctivas en cuestión, ello también es aplicable viceversa. En otras palabras, el desarrollo que han tenido las medidas correctivas en casos de discriminación, constituye una fuente importante que cualquier programa de cumplimiento que busque prevenir la discriminación en el consumo debería tomar en cuenta.

En segundo lugar, los Principios Rectores de Derechos Humanos y Empresas de la ONU constituyen un referente importante porque, en el marco del Enfoque de Derechos Humanos explicado anteriormente, la discriminación en el consumo no solo es una violación a los derechos del consumidor sino, a la vez, constituye una afectación al derecho humano a la igualdad y no discriminación⁴⁸.

En tal sentido, los Principios Rectores pueden servir de inspiración a los órganos resolutivos del Indecopi para que, en algunos casos, en vez de ordenar como medidas correctivas la realización de capacitaciones a los empleados o incluso el desarrollo de programas de cumplimiento normativo o *compliance*, vayan más allá y dispongan la implementación de programas de diligencia debida o *due diligence* que, como se ha señalado, implican un concepto aún más amplio de prevención.

En este punto, es importante reiterar que la diligencia debida es “*un proceso continuo que una empresa razonable y prudente necesita adoptar, a la luz de sus circunstancias (incluyendo sector, contexto operativo, tamaño y factores similares), para responder a su responsabilidad de respetar los Derechos Humanos*” e implica un compromiso real con el respeto a los derechos involucrados y por tanto permite una prevención efectiva de impactos adversos. En tal sentido, va más allá del mero cumplimiento de una ley⁴⁹.

⁴⁸ NACIONES UNIDAS. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. 2011, Nueva York - Ginebra.t

⁴⁹ NACIONES UNIDAS. The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide. 2012, Nueva York - Ginebra, p. 6.

Asimismo, los Principios Rectores contienen elementos que podrían ser directamente incorporados en las medidas correctivas que ordenan la capacitación de empleados en casos de discriminación en el consumo. Por ejemplo, en los procesos de evaluación de riesgos en materia de derechos humanos, se señala que las empresas deben *“incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación”* (Principio Rector 18).

Ello puede ser tomado en cuenta por los órganos resolutivos del Indecopi al momento de establecer los términos de las medidas correctivas que, en casos de discriminación en el consumo, ordenan la realización de capacitaciones a los empleados. En efecto, tratándose de casos de discriminación agravada que han afectado particularmente a personas de grupos étnicos específicos, mujeres, personas con discapacidad, gays, lesbianas, transgénero u otro grupo humano vulnerable a la discriminación, es razonable ordenar que las empresas tomen en cuenta las opiniones de organizaciones de la sociedad civil que aboguen por los derechos de estos grupos al momento de planear y diseñar las capacitaciones para que estas sean verdaderamente efectivas.

En tercer lugar, la jurisprudencia del Indecopi en materia de libre competencia sobre medidas correctivas que ordenan programas de cumplimiento para prevenir conductas anticompetitivas, así como el Proyecto de Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia, contienen elementos específicos que pueden ser replicados y/o adaptados para las medidas correctivas que ordenan la capacitación para prevenir la discriminación en el consumo.

Por ejemplo, las medidas correctivas establecidas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi que ordenan la realización de capacitaciones anuales, como parte de la implementación de programas de cumplimiento, han establecido de forma expresa que estas capacitaciones estarán a cargo la Secretaría Técnica de dicha Comisión o de Universidades⁵⁰.

Esto criterio ha sido recientemente confirmado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi en un caso concreto, estableciendo que si el proveedor sancionado lo considera más conveniente y cuenta con la capacidad suficiente para asumirlo, puede elegir que dichas capacitaciones no sean realizadas por la Secretaría Técnica, sino por Universidades precisando que *“Considerando a su vez que en el Perú, las instituciones educativas de nivel superior están asociadas a una universidad, resulta razonable que, en caso se opte por recurrir a un tercero, la capacitación sea brindada por una universidad que cuente con especializaciones en la materia. Asimismo, a fin de asegurar el nivel de especialización y la disposición de una plana docente apta para brindar la capacitación, la universidad a designar deberá contar con programas de postgrado especializados en las materias de Competencia, Mercado y/o Regulación”*⁵¹.

⁵⁰ INDECOPI. Proyecto de Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia. Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi. Lima, setiembre del 2019, p. 35 - 36. Disponible en

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2962929/Gu%C3%ADa+de+Programa+de+Cumplimiento/>

⁵¹ Resolución 0171-2019/SDC-INDECOPI del 12 de setiembre del 2019.

En este orden de ideas, consideramos fundamental que se precise quiénes pueden estar a cargo de las capacitaciones, pudiendo establecerse que sean las respectivas Secretarías Técnicas de las Comisiones con competencia en protección al consumidor o Universidades que, adaptando el modelo de libre competencia, cuenten con programas de postgrado especializados en las materias de Protección al Consumidor o Derechos Humanos. Esto último, teniendo en cuenta que, como ya se señaló, la discriminación en el consumo es un asunto de derechos humanos.

Con este tipo de precisión se evitará que quede a discreción del proveedor infractor la elección de qué entidad va a realizar la capacitación ordenada. De lo contrario, se podría llegar al extremo de que se encargue dicha capacitación al estudio de abogados que defendió al proveedor infractor sosteniendo a lo largo del procedimiento que no existía discriminación en el consumo, lo cual desvirtuaría la finalidad de este tipo de medidas correctivas, esto es, prevenir la discriminación en el consumo.

c) Graduación de la sanción

Adicionalmente a las medidas correctivas, tanto las Comisiones con competencia en materia de protección al consumidor como la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi pueden sancionar a los proveedores que infrinjan la prohibición legal de discriminación en el consumo imponiéndoles multas. En esta sección desarrollaremos brevemente el marco legal respectivo, cuál es el monto que dichos órganos resolutivos han impuesto en su práctica reciente y qué oportunidades de mejora existen en esta materia.

c.1) Las sanciones que el Indecopi puede imponer

El Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que los órganos resolutivos del Indecopi pueden sancionar a los proveedores que infrinjan sus disposiciones, entre ellas la prohibición legal de discriminación en el consumo, con una amonestación o multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT, las cuales son calificadas de la siguiente manera (art. 110):

“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.”

La misma norma establece que, respecto de las microempresas, la multa no puede superar el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de primera instancia, siempre que se hayan acreditado dichos ingresos, la microempresa en cuestión no se encuentre en una situación de reincidencia y el caso no verse sobre la vida, salud o integridad de los consumidores. Para el caso de las pequeñas empresas, la multa no puede superar el veinte por ciento (20%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, conforme a los requisitos señalados anteriormente.

Asimismo, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que para calcular el monto de las multas a aplicarse, se utiliza el valor de la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o en la fecha que se haga efectiva la cobranza coactiva y que la multa aplicable es rebajada en un veinticinco por ciento (25%) cuando el infractor cancele el monto de la misma con anterioridad a la culminación del plazo para impugnar la resolución que puso fin a la instancia y en tanto no interponga recurso alguno contra dicha resolución (art. 113).

c.2) La cuantía de las multas impuestas en la jurisprudencia reciente del Indecopi

En este punto, es importante reiterar que, siguiendo el criterio vigente de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, actualmente puede hablarse de discriminación en el consumo agravada, referida a aquella que responde a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual, identidad de género u otros supuestos similares, y de discriminación en el consumo no agravada, referida a aquella que no responde a dichos móviles.

Respecto de la discriminación no agravada, en los últimos cinco años la Sala ha sancionado la gran mayoría de casos con amonestaciones o multas de hasta 5 UIT⁵².

En cuanto a la discriminación agravada, en los últimos cinco años la Sala ha sancionado dicha conducta con una multa ascendente a 50 UIT en la gran mayoría de casos. Esta línea jurisprudencial puede verse en reiterados pronunciamientos con esa cuantía⁵³.

Asimismo, en pronunciamientos sobre discriminación agravada donde la Sala ha confirmado multas menores a 50 UIT impuestas por las Comisiones con competencia en materia de protección al consumidor que actuaban como primeras instancias, aquel órgano resolutorio, actuando como segunda instancia, ha precisado que la multa debió haber sido mayor pero ello no era posible pues en dichos casos los proveedores sancionados habían apelado la sanción

⁵² Resoluciones 0116-2015/SPC-INDECOPI del 19 de enero del 2015, 3486-2015/SPC-INDECOPI 4 de noviembre del 2015, 2905-2015/SPC-INDECOPI del 21 de setiembre del 2015, 3792-2015/SPC-INDECOPI del 30 de noviembre del 2015, 739-2016/SPC-INDECOPI del 29 de febrero del 2016, 2076-2016/SPC-INDECOPI del 7 de junio del 2016, 3543-2016/SPC-INDECOPI del 26 de setiembre del 2016, 4960-2016/SPC-INDECOPI del 21 de diciembre del 2016, 2154-2017/SPC-INDECOPI del 06 de julio del 2017, 2200-2017/SPC-INDECOPI del 10 de julio del 2017, 3271-2017/SPC-INDECOPI del 20 de noviembre del 2017, 837-2018/SPC-INDECOPI del 20 de febrero del 2018, 1076-2018/SPC-INDECOPI del 9 de mayo del 2018, 1186-2018/SPC-INDECOPI del 21 de mayo del 2018, 2128-2018/SPC-INDECOPI del 20 de agosto del 2018, 2397-2018/SPC-INDECOPI del 14 de setiembre del 2018, 2582-2018/SPC-INDECOPI del 28 de setiembre del 2018, 2726-2018/SPC-INDECOPI del 10 de octubre del 2018, 3323-2018/SPC-INDECOPI del 28 de noviembre del 2018, 360-2019/SPC-INDECOPI del 11 de febrero del 2019, 363-2019/SPC-INDECOPI del 11 de febrero del 2019, 537-2019/SPC-INDECOPI del 27 de febrero del 2019, 613-2019/SPC-INDECOPI del 8 de marzo del 2019, 1009-2019/SPC-INDECOPI del 11 de abril del 2019, 1447-2019/SPC-INDECOPI del 29 de mayo del 2019, 1626-2019/SPC-INDECOPI del 17 de junio del 2019, 1800-2019/SPC-INDECOPI del 2 de julio del 2019 y 2042-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019.

⁵³ Las Resoluciones más recientes son la 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril del 2014, 3241-2016/SPC-INDECOPI del 6 de setiembre del 2016, 5016-2016/SPC-INDECOPI del 26 de diciembre del 2016, 3167-2017/SPC-INDECOPI del 6 de noviembre del 2017, 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019 y 2758-2019/SPC-INDECOPI del 4 de octubre del 2019.

de las primeras instancias, por lo que incrementar sus multas violaría la prohibición legal de reforma en peor establecida por la Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 256.3)⁵⁴.

Si bien la Sala ha calificado expresamente la conducta sancionada (discriminación en el consumo agravada) como infracción grave en los términos del artículo 110 del Código de Protección y Defensa del Consumidor solo en algunos de dichos pronunciamientos⁵⁵, el hecho de que como regla general imponga una multa de 50 UIT pone de manifiesto que su criterio se orienta a considerar este tipo de conductas, como mínimo, graves.

Lo anterior también es confirmado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor que, si bien no regula expresamente este punto, contiene otras disposiciones que apuntan a resaltar el carácter, como mínimo, grave de la discriminación en el consumo. Por ejemplo, el hecho de que se establezca que si bien el allanamiento o reconocimiento de la conducta infractora puede dar lugar a una amonestación si se realiza con los descargos, ello encuentra una excepción en los casos de discriminación en el consumo (art. 112).

Finalmente, en un caso reciente, la Sala recomendó a la Comisión tener en cuenta que, en aplicación del artículo 110 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, la multa a imponer no debía superar el 10% de las ventas o ingresos brutos de las microempresas⁵⁶.

c.3) Comentario

La principal recomendación sobre la graduación de sanciones por discriminación en el consumo es que el Indecopi evalúe proponer una modificación al Código de Protección y Defensa del Consumidor para que este establezca expresamente que se trata de una infracción grave o muy grave dependiendo del caso concreto, por lo que el monto de la multa podría ascender a 150 o 450 UIT, respectivamente, y, sobre todo, que los supuestos de discriminación agravada, esto es, aquellos que responden a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual, identidad de género u otros supuestos similares, tengan una multa base de 50 UIT, sobre la cual se pueden aplicar las circunstancias atenuantes y agravantes establecidas por dicho Código (art. 112) y sin perjuicio del tratamiento especial de las micro y pequeñas empresas (art. 110).

Esta recomendación se apoya en la propia línea jurisprudencial seguida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor que, como se ha señalado, ha reconocido que la discriminación en el consumo constituye una infracción, como mínimo, grave y que los casos que responden a motivos racistas, homofóbicos u otros similares deben, en principio, ser sancionados con una multa de 50 UIT. Consideramos que este criterio es coherente con la finalidad de las multas, la cual es desincentivar las infracciones al Código, en este caso la discriminación en el consumo.

⁵⁴ Resoluciones 2145-2018/SPC-INDECOPI del 22 de agosto del 2018, 0628-2018/SPC-INDECOPI del 26 de marzo del 2018, 1539-2018/SPC del 22 de junio del 2018, 2129-2018/SPC-INDECOPI del 20 de agosto del 2018 y 534-2019/SPC-INDECOPI del 27 de febrero del 2019.

En los dos últimos casos, la Sala incluso estableció expresamente que la multa debió haber sido de 50 UIT.

⁵⁵ Resolución 2758-2019/SPC-INDECOPI del 4 de octubre del 2019.

⁵⁶ Resolución 2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019.

En este punto, es fundamental recordar que la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece el principio de predictibilidad, en virtud del cual *“Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos”* (art. 1.15).

Sin embargo, como se ha señalado, se han dado casos de discriminación agravada donde las Comisiones o primeras instancias imponen multas de cuantías que están muy por debajo de la multa base establecida por la Sala. Dichas multas no pueden ser luego modificadas pues según el criterio vigente de la Sala los denunciados no pueden apelarlas⁵⁷ y si los proveedores las apelan, la Sala no puede incrementarlas pues ello está prohibido por la Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 256.3.).

Si bien dicho actuar es legal, pues no hay una norma o precedente de observancia obligatoria que establezca lo contrario y en tal escenario las Comisiones son autónomas respecto de la Sala, no guarda coherencia con el principio de predictibilidad y no permite que las multas sean realmente desincentivadoras en los supuestos de discriminación agravada que responden a motivos racistas, homofóbicos u otros similares.

Por todo lo expuesto, consideramos que se debería evaluar la modificación legal propuesta, reiterando que se trataría de una multa base de 50 UIT sobre la cual se podrían aplicar circunstancias atenuantes y agravantes dependiendo del caso concreto. En tal sentido, podría darse el caso de un proveedor que acredite contar con un programa de cumplimiento que cumpla con las exigencias del Código de Protección y Defensa del Consumidor, debiendo aplicársele el respectivo atenuante, o un caso donde adicionalmente se vulneren derechos como la salud o la educación, o intereses colectivos o difusos, lo cual podría ser considerado como circunstancia agravante en el marco del Código (art.112)

IV.3. Jurisprudencia por materias

Como se ha señalado, de acuerdo con el criterio vigente de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, por discriminación en el consumo agravada debemos entender a aquella que responde a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual, identidad de género u otros supuestos similares, y por discriminación en el consumo no agravada a aquella que no responde a dichos móviles. En el presente informe nos concentraremos en la discriminación en el consumo agravada por constituir una violación más flagrante del derecho humano a la igualdad y no discriminación y, por ende, ser de mayor interés público.

En tal sentido, a continuación resumiremos las principales resoluciones de las distintas Comisiones del Indecopi con competencias en materia de protección al consumidor a lo largo del Perú, que actúan como primera instancia administrativa en estos casos, y, sobre todo, de

⁵⁷ Resolución 83-2019/SPC-INDECOPI del 11 de enero del 2019.

la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, que constituye la segunda y última instancia administrativa sobre la materia a nivel nacional. Para tal efecto, clasificaremos dichos pronunciamientos por materias, es decir, por el motivo que originó la discriminación agravada en cada caso. Asimismo, en la medida que sea pertinente, se comentarán algunos criterios, destacando avances y oportunidades de mejora para fortalecer la lucha contra la discriminación en el consumo desde el Indecopi.

Cabe precisar que el año indicado entre paréntesis en el título de cada caso, luego de consignar el nombre del proveedor denunciado, corresponde a la fecha de presentación de la denuncia o del inicio de la investigación de oficio a cargo del Indecopi

1. Discriminación en el consumo por motivos étnico-raciales

Si bien los orígenes de la prohibición legal de discriminación en el consumo fueron las prácticas racistas de las discotecas limeñas a fines de los noventa, en los últimos cinco años la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi no ha tenido pronunciamientos donde sancione este tipo de discriminación en el consumo agravada. En otras palabras, en dicho periodo el referido órgano resolutorio no ha resuelto un caso donde se declare la responsabilidad de un proveedor por discriminación étnico-racial en el consumo.

De ahí que, al menos a nivel de esta segunda y última instancia administrativa, los pronunciamientos más relevantes continúen siendo los que fueron comentados en el informe anterior sobre discriminación en el consumo: las investigaciones de oficio contra The Edge y The Piano (1998), Sol y Luna (1998), Delirium Café & Bar (1998), Mamá América (2003), Aura (2004), Café del Mar (2006) y Asia Rock (2012), entre otros⁵⁸.

En este punto, cabe preguntarse cuál es la razón para que ya no lleguen casos de este tipo a la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi: ¿será que gracias al énfasis inicial que le dio el Indecopi a las investigaciones de oficio sobre discriminación étnico-racial se ha logrado disminuir este problema al menos en el ámbito del consumo?

Esta es una pregunta fundamental que el Indecopi debería analizar con mayor profundidad pues, en caso la respuesta sea afirmativa, ello confirmaría que el sistema administrativo de lucha contra la discriminación étnico-racial en el consumo a cargo del Indecopi ha sido efectivo y podría replicarse en otros ámbitos. Por el contrario, si, por ejemplo, se verifica que existen barreras de acceso a la justicia que han impedido que en los últimos años los ciudadanos denuncien casos de discriminación étnico-racial ante el Indecopi, este podría concentrarse en solucionar dicho problema y fortalecer así la lucha contra la discriminación en el consumo en el ámbito de sus competencias.

⁵⁸ INDECOPI. Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito. Jurisprudencia del INDECOPI. Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor. Investigación a cargo de Leoni Raúl Amaya Ayala. Lima, 2015, p. 57 - 72. Disponible en <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminaci%C3%B3n+en+el+Per%C3%BA/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094>

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que la I Encuesta Nacional sobre Diversidad Cultural y Discriminación Étnico-racial, realizada el 2018, revela que un mayor porcentaje de ciudadanos declara haber sufrido discriminación étnico-racial en hospitales públicos o postas, comisarías, municipalidades, centros laborales y colegios públicos que en discotecas, colegios privados, clínicas privadas, supermercados y restaurantes⁵⁹. Asimismo, recientemente en junio del 2019, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi sancionó a una empresa por la difusión de un anuncio publicitario discriminatorio por motivos étnico-raciales⁶⁰.

Lo anterior confirma que, al margen de que este tipo de discriminación haya podido disminuir en el ámbito del consumo, aún persiste en otros espacios y el Estado debe continuar cumpliendo su labor de erradicarla.

2. Discriminación en el consumo por discapacidad

2.1. Marco jurídico supranacional

A modo de premisa, y como ejemplo de lo señalado respecto del Enfoque de Derechos Humanos al inicio del presente informe, cabe recordar el marco jurídico especial sobre la discriminación por discapacidad, constituido por tratados de derechos humanos y reconocido por la jurisprudencia del Indecopi⁶¹.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define al término discapacidad como *“una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”* (art. 1).

Asimismo, dicha Convención entiende por *“discriminación por motivos de discapacidad”* a cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo (art. 2).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

⁵⁹ MINISTERIO DE CULTURA. I Encuesta Nacional sobre Diversidad Cultural y Discriminación. Encuesta realizada por Ipsos Perú. 2018. Disponible en: <https://www.ipsos.com/es-pe/resultados-de-la-i-encuesta-nacional-sobre-diversidad-cultural-y-discriminacion>

⁶⁰ Resolución 107-2019/CCD-INDECOPI del 2 de julio del 2019. Dicha resolución será materia de comentario más adelante en la sección Jurisprudencia del Indecopi sobre discriminación étnico-racial en la publicidad del presente informe.

⁶¹ Resolución 2145-2018/SPC-INDECOPI del 22 de agosto del 2018.

En tal sentido, no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. Así, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad⁶².

2.2. Seguros y planes de salud

Uno de los principales sectores donde se ha producido este tipo de discriminación agravada es el de los seguros y planes de salud, siendo el caso seguido contra Rímac (2011), donde se sancionó a dicha empresa por negarse a asegurar a una persona con Síndrome de Down, uno de los primeros y el que estableció el criterio. Es importante destacar que se pueden encontrar mayores detalles sobre este pronunciamiento en el informe anterior del Indecopi sobre discriminación en el consumo⁶³.

Siguiendo la línea trazada por este pronunciamiento, los tres principales casos de discriminación en el consumo por discapacidad en materia de seguros y planes de salud de los últimos cinco años guardan similitudes, por lo que luego de resumir los hechos de cada uno y cómo se resolvieron, daremos cuenta del criterio común que subyace a todos.

• **Denuncia I contra Clínica San Pablo S.A.C. (Clínica San Pablo) (2014)**

Una pareja denunció el rechazo de la solicitud de afiliación de su menor hijo – que tenía Trastorno del Espectro Autista o TEA – al Plan Familiar de Salud que ofrecía la Clínica San Pablo. La defensa de la denunciada fue que el TEA del hijo de los denunciantes calificaba como una “condición de salud no aceptable”, conforme a su Manual de Suscripción, por lo que no podía acceder al Plan Familiar de Salud, siendo que les había ofrecido otro tipo de seguro.

Mediante Resolución 2092-2015/CC1, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1 declaró fundada la denuncia por infracción de los artículos 1.1 literal d) y 38.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Asimismo, ordenó a la denunciada, como medidas correctivas, que cumpliera con: (a) devolver los denunciantes el monto de S/. 177,45 que canceló por concepto de “pagos a cuenta de Plan Familiar”, más los intereses legales generados; (ii) a elección de los denunciantes, cumpliera con atender la solicitud de afiliación de su menor hijo al Plan de Salud Familiar San Pablo, bajo las condiciones establecidas en sus contratos; y, (iii) abstenerse de realizar actos discriminatorios. Finalmente, sancionó a la Clínica con una multa de 50 UIT por la discriminación detectada.

⁶² Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 31 de agosto de 2012 en el caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_246_esp.pdf

⁶³ INDECOPI. Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito. Jurisprudencia del INDECOPI. Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor. Investigación a cargo de Leoni Raúl Amaya Ayala. Lima, 2015, p. 95 - 100. Disponible en <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminaci%C3%B3n+en+el+Per%C3%BA/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094>

Frente a la apelación de la denunciada, mediante Resolución 3241-2016/SPC-INDECOPI del 6 de setiembre del 2016, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi confirmó la decisión de la Comisión en todos sus extremos.

• ***Denuncia II contra Clínica San Pablo (Clínica San Pablo) (2014)***

En este caso, una consumidora también denunció a Clínica San Pablo por el rechazo de la solicitud de afiliación de su menor hijo como dependiente al Plan Familiar de Salud. A diferencia de la denuncia anterior, en este caso el menor tenía Síndrome de Down. En su defensa, la denunciada argumentó que el plan no estaba dirigido a personas como el menor hijo de la denunciante, por lo que le había ofrecido otro tipo de seguro.

Mediante Resolución 972-2016/CC1, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1 declaró fundada la denuncia por infracción de los artículos 1.1, literal d); y, 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Asimismo, ordenó a la denunciada, como medidas correctivas, que cumpliera con: (a) atender la solicitud de afiliación de la denunciante y de su menor hijo al Plan de Salud Familiar, bajo las condiciones establecidas en sus contratos; y, (b) abstenerse de realizar actos discriminatorios de cualquier índole. Finalmente, sancionó a la denunciada con una multa de 50 UIT por la discriminación detectada.

Frente a la apelación de la denunciada, mediante Resolución 5016-2016/SPC-INDECOPI del 26 de diciembre del 2016, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi confirmó la decisión de la Comisión en todos sus extremos.

• ***Denuncia contra La Positiva Vida Seguros y Reaseguros S.A. (La Positiva) (2016)***

Un consumidor denunció a La Positiva señalando que esta rechazó la solicitud de afiliación a un seguro de desgravamen debido a su discapacidad física (paraplejía espática). La denunciada se defendió arguyendo que la negativa de contratar con el denunciante no radicó en su discapacidad física, sino en las complicaciones de salud que este presentaba, las cuales no se encontraban vinculadas a la referida discapacidad.

Mediante Resolución 3660-2017/CC1, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1 declaró fundada la denuncia interpuesta contra La Positiva por infracción de los artículos 1.1 literal d) y 38.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. En tal sentido, ordenó a La Positiva que, en calidad de medida correctiva, cumpla con evaluar la solicitud de afiliación al seguro de desgravamen formulada por el denunciante. Finalmente, la sancionó con una multa de 20 UIT.

Frente a la apelación de La Positiva, mediante Resolución 2145-2018/SPC-INDECOPI del 22 de agosto del 2018, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi confirmó la decisión de la Comisión en el extremo que declaró fundada la denuncia, así como la multa

de 20 UIT, precisando que si bien correspondía imponer una multa mayor, ello no era posible debido a la prohibición legal de reforma en peor establecida por la Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 256.3).

• **Criterio común**

En estos tres casos queda claro que el trato diferenciado obedeció a la discapacidad de las personas involucradas. En los dos primeros fue expreso, mientras que en el tercero se llegó a esta conclusión luego del razonamiento probatorio de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi.

La cuestión controvertida en estos casos fue, más bien, un aparente conflicto entre el derecho a la no discriminación por discapacidad y la libertad de contratar de las compañías de seguros. En este punto, la Sala siguió el criterio ya trazado por el caso Rímac (2011), mencionado previamente, priorizando el derecho a la no discriminación.

Asimismo, cabe subrayar que en todos los pronunciamientos la Sala precisó que *“este Colegiado no expresa que en todos los casos se deba aceptar a las personas con discapacidad en los seguros ofertados, por el contrario, los proveedores pueden excluirlos como a otra persona, pero siempre que esté sustentado objetivamente tal rechazo. Por otro lado, también debe quedar claro que, de aceptarse las solicitudes de personas con discapacidad, se les puede oponer las exclusiones correspondientes como a cualquier asegurado, como las preexistencias, siempre y cuando al igual que en el caso anterior guarde las razones objetivas del caso”*.

2.3. Centros educativos

• **Denuncia contra Institución Educativa Privada Integrada Euclides Pillcomarca E.I.R.L (Colegio Euclides) (2018)**

Una consumidora denunció al Colegio Euclides pues se habría negado a inscribir a su menor hijo con discapacidad en el ciclo escolar anual alegando problemas de agresividad y llantos que se habían detectado durante el ciclo de verano previamente cursado.

El colegio denunciado no presentó descargos durante la tramitación del procedimiento en primera instancia.

Mediante Resolución 0484-2018/INDECOPI-JUN, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Junín declaró fundada la denuncia contra el colegio por infracción del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, ordenándole, en calidad de medidas correctivas, que devuelva el monto cancelado por el ciclo de verano, cese sus prácticas discriminatorias y capacite a su personal para prestar un servicio educativo inclusivo y para atender las necesidades especiales de los alumnos con discapacidad. Finalmente, lo sancionó con una multa de 2 UIT.

El colegio apeló dicha decisión, justificando el trato diferenciado en el interés superior del niño pues la agresividad del menor hijo de la denunciante atentaría contra la integridad de los demás niños de su salón, tal como se habría evidenciado en el curso de verano, siendo que su conducta agresiva se debía al “estado especial” en el que se encontraba. Asimismo, indicó que la denunciante debió haber buscado un colegio que atienda a “personas con ese tipo de dolencias”. Agregó que no se había considerado que era una pequeña empresa, por lo que no contaba con los recursos suficientes para contratar educadores que hayan llevado cursos en atención especial para niños con discapacidad.

Mediante Resolución 1818-2019/SPC-INDECOPI del 5 de julio del 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi confirmó la decisión de la Comisión bajo tres consideraciones fundamentales.

En primer lugar, en tanto el trato diferenciado fue aceptado por la denunciada, la Sala procedió a evaluar su justificación. En tal sentido, la Sala indicó que no existían pruebas que corroboren el carácter agresivo del hijo de la denunciante, alegado por el Colegio para impedir su matrícula en el centro educativo. Por el contrario, el informe médico presentado por la denunciante en relación al estado de salud de su hijo no recomendaba ningún tratamiento psicológico conductual sobre agresividad, sino solamente terapia física y del lenguaje.

Asimismo, el propio Colegio, en declaraciones ante la Defensoría del Pueblo que se encontraban en el expediente, reconoció que no efectuó ninguna evaluación psicológica al menor cuando se presentaron los supuestos episodios de agresividad durante el ciclo de verano; y, por ende, la determinación para que no se inscriba en el ciclo escolar anual se basó en una evaluación subjetiva efectuada por personal del denunciado sin un fundamento psicológico objetivo que permita adoptar las medidas correspondientes a nivel conductual a favor del menor.

En segundo lugar, la Sala señaló que, en el caso específico de personas con discapacidad, el marco legal establecido por la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, protegía su derecho a la educación prohibiendo que los proveedores de servicios educativos nieguen el acceso o, posteriormente, la permanencia a estudiantes por motivos vinculados a su discapacidad. Por ello, el impedir la matrícula del hijo de la denunciante – aduciendo una conducta agresiva presuntamente originada en su discapacidad – constituía un hecho ilícito que evidenciaba un trato discriminatorio.

En tercer lugar, a modo de refuerzo de lo anterior, la Sala valoró las propias declaraciones del denunciado en su recurso de apelación:

“29. En este punto, es importante señalar que, las declaraciones del denunciado en el recurso de apelación, denotan claramente el prejuicio negativo contra las personas con discapacidad que tiene el Colegio, al señalar afirmaciones de tipo: “(...) se advierte que el menor en cuestión por el que se impone una multa a mi representada, era un niño que tenía una conducta agresiva por el estado especial en el que

se encuentra (...)", "(...) cuando existen niños con este tipo de dolencia necesitan una atención debida (...)", "en todo caso la madre siendo consciente del estado de incapacidad, la delicada salud de su menor hijo debe buscar un centro educativo que atienda a personas con ese tipo de dolencias, los cuales existen en todo el país (...)".

30. Atendiendo a lo anterior, esta Sala considera que el personal del centro educativo asumió erróneamente que el hijo de la señora (...), por su sola condición de discapacidad, es un menor agresivo y que presenta una enfermedad; lo cual confirma que nos encontramos frente a un acto de discriminación por la condición de discapacidad del consumidor, conducta prohibida legal y constitucionalmente por afectar la dignidad de las personas con discapacidad, quienes merecen el mismo trato que cualquier ciudadano en nuestra sociedad."

Por las consideraciones expuestas, la Sala concluyó que la negativa del denunciado a inscribir al hijo de la denunciante en el ciclo anual escolar 2018, alegando una supuesta agresividad originada en su condición de discapacidad, constituyó un trato discriminatorio.

Asimismo, la Sala confirmó la medida correctiva ordenada al denunciado por la Comisión, en los siguientes términos: *"(i) devolver el monto cancelado por la denunciante por el servicio educativo "ciclo de verano" para su menor hijo; y, (ii) capacitar a su personal para prestar un servicio educativo inclusivo, para atender las necesidades especiales de los alumnos con discapacidad; y, evitar ejercer actos discriminatorios contra las personas con discapacidad debiendo de cumplir cabalmente con las normas vinculadas al servicio educativo"*.

Finalmente, teniendo en cuenta que el colegio no fundamentó su apelación respecto de la multa de 2 UIT impuesta por la Comisión, la Sala confirmó dicha sanción asumiendo como propias las consideraciones de la primera instancia al respecto, en virtud de la Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 6).

• Denuncia contra el Centro Peruano Americano (2018)

Un consumidor denunció al colegio Centro Peruano Americano por haber condicionado la matrícula de su menor hijo de quince años de edad, que tenía Síndrome de Asperger, a la firma de una "carta de compromiso académico" que lo obligaba a: (a) llevar un tratamiento neurológico; b) informes psicológicos externos periódicos; (c) asistir a un Centro de Educación Básica Especial; (d) obtener un certificado de discapacidad; y e) tramitar el carné de discapacidad del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad.

El colegio denunciado se defendió señalando que la información y documentación requeridas al denunciante tenían como finalidad cumplir con un requerimiento del Ministerio de Educación y con la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 29973.

Mediante Resolución 0817-2018/INDECOP-LAL, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de La Libertad declaró fundada la denuncia contra el colegio por infracción del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto brindó un trato desigual al menor hijo del denunciante, sancionándolo con una multa de 4 UIT.

Para tal efecto, la Comisión resaltó que no existía norma alguna que exigiera que para la matrícula de un menor con necesidades educativas especiales se deba presentar documentos adicionales a los solicitados para una matrícula regular. Asimismo, sustentó la multa de 4 UIT en el daño causado, traducido en la afectación al derecho fundamental a la educación que tiene el menor hijo del denunciante, el daño al mercado representado por la desconfianza generada en la prestación del servicio educativo, y la probabilidad alta de detección.

El colegio apeló dicha decisión negando que la “carta de compromiso académico” haya sido obligatoria y, por tanto, que haya existido condicionamiento alguno. Asimismo, reiteró que actuó conforme a la ley.

Mediante Resolución 2059-2019/SPC-INDECOPI del 31 de julio del 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi confirmó la decisión de la Comisión en tanto quedó acreditado que realizó un acto discriminatorio que consistió en condicionar, sin justificación razonable, la ratificación de la matrícula del menor hijo del denunciante.

En primer lugar, en tanto estaba probado que se requirió al denunciante la firma de la “carta de compromiso académico” al momento de efectuar la matrícula, la Sala consideró que ello era suficiente para que el denunciante haya asumido que dicha solicitud era obligatoria, sobre todo cuando el documento contenía dentro de su título la palabra “compromiso” que, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, tenía como primer significado “obligación contraída”.

La segunda instancia fundamentó lo anterior en que todo centro educativo, más allá de representar una autoridad para el menor, tiene la capacidad de condicionar la actuación de los padres de familia, encontrándose en una posición que le permite exigir ciertas conductas pues la motivación principal de estos será colaborar con el proceso educativo de sus menores hijos. En tal sentido, señaló que:

“46. En otras palabras, en las relaciones de consumo referidas a servicios educativos de nivel básico, los centros educativos se encuentran en una posición de clara autoridad o preminencia frente a los alumnos y a los padres de familia. Esta posición influye en el actuar de los padres de familia, quienes se verán persuadidos a cumplir con las exigencias realizadas pese a que estas podrían encontrarse en contra de la Ley; esto, debido a que los padres querrán evitar que el centro educativo tome alguna acción que pueda obstruir el desarrollo académico de sus menores hijos.”

Es importante resaltar que este criterio ya ha sido señalado por reiterada jurisprudencia de la Sala, por ejemplo, la Resolución 828-2019/SPC-INDECOPI del 27 de marzo de 2019.

En segundo lugar, habiendo acreditado el trato desigual, la Sala analizó si existía una causa objetiva que justificara la práctica. En tal sentido, concluyó que la medida implementada (condicionar la matrícula al cumplimiento de lo señalado en la “carta de compromiso académico”) resultaba desproporcionada, en tanto, contrariamente a lo señalado por el denunciado, no existía marco normativo que señalara dicha obligación.

En este orden de ideas, en tanto el proveedor no cumplió con acreditar que el trato diferenciado se dio en virtud de una causa objetiva con justificación razonable, la Sala consideró que, por el contrario, se advertía que el impedimento de matrícula se debió a su condición de discapacidad, por lo que la denuncia debía ser declarada fundada por infracción del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Respecto de la multa de 4 UIT impuesta por la Comisión, teniendo en cuenta que el colegio no fundamentó su apelación respecto de la graduación de dicha sanción, la Sala confirmó dicha sanción asumiendo como propias las consideraciones de la primera instancia al respecto, en virtud de la Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 6).

2.4. Comentario

Cabe destacar que estos casos, tanto los relativos a seguros y planes de salud como los referidos a colegios, ponen de manifiesto cómo la discriminación en el consumo puede implicar no solo la violación del derecho humano a la igualdad y no discriminación, sino también otros derechos como la salud y la educación. Ello, como se ha señalado, debe ser tomado en cuenta como un eventual agravante al momento de graduar la sanción.

Ahora bien, respecto de los casos de seguros y planes de salud en particular, de las resoluciones citadas precedentemente puede inferirse que si las denunciadas hubiesen presentado los informes técnicos y especializados que demostrarían las razones por las cuales las personas con discapacidad cuya solicitud fue denegada no podían acceder al plan de salud antes citado (estadísticas de riesgos, artículos e informes médicos, entre otros documentos), ello habría sido un primer paso para analizar si en efecto el plan de salud estaba dirigido a determinadas personas, tal como fue alegado. Sin embargo, dichos informes no fueron presentados, por lo que la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi consideró no acreditada la causa objetiva y justificada y declaró fundada la denuncia.

En este orden de ideas, un reto a futuro es ¿cómo analizar los casos cuando las denunciadas presenten informes en los términos antes señalados? Un punto de partida, sin duda, es el análisis de razonabilidad y proporcionalidad contenido en el caso Rímac (2011), antes mencionado.

3. Discriminación en el consumo por género

• **Asociación de Consumidores Indignados Perú (la Asociación) contra La Rosa Náutica S.A. (La Rosa Náutica) (2017)**

La Asociación de Consumidores Indignados Perú denunció a la Rosa Náutica debido a que en su restaurante se entregaban cartas azules con precio a los hombres y cartas amarillas sin precio a las mujeres.

En su defensa, la Rosa Náutica reconoció dicha práctica, pero la justificó señalando que lo hacía cuando acudían parejas a fin de mantener un ambiente romántico y acogedor.

Mediante Resolución 271-2019/CC2, la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 declaró infundada la denuncia considerando que no había quedado acreditado que, una vez entregadas las cartas diferenciadas y ante el requerimiento de alguno de los presentes de cartas azules para todos los comensales, la denunciada se haya negado a ello injustificadamente y/o basado su negativa en el género del comensal, supuesto que sí evidenciaría discriminación. Asimismo, la Comisión indicó que la denunciada había acreditado que contaba con un listado de precios al ingreso de sus instalaciones, al cual podían acceder todos los consumidores independientemente de si eran varones o mujeres.

La Asociación apeló dicho pronunciamiento, resaltando que 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, siendo que no se estaba tratando a hombres y a mujeres por igual.

Mediante Resolución 2758-2019/SPC-INDECOPI del 4 de octubre del 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi revocó la decisión de la Comisión y, en consecuencia, declaró fundada la denuncia de la Asociación contra la Rosa Náutica, por infracción del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor⁶⁴.

La Sala, a modo de premisa, interpretó la Constitución Política del Perú, diversos Tratados de Derechos Humanos suscritos por el Estado Peruano, así como legislación nacional, y determinó 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”*.

⁶⁴ Los Vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas y Roxana María Irma Barrantes Cáceres votaron declarar fundada la denuncia en los términos señalados líneas arriba, mientras que los Vocales Juan Alejandro Espinoza Espinoza y Oswaldo del Carmen Hundskopf Exebio votaron por declarar infundada la denuncia. Al haberse producido un empate, el Vocal Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas ejerció su voto dirimente como Presidente de la Sala, de conformidad con el artículo 15º del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi.

Teniendo en cuenta que el trato diferenciado estaba acreditado pues no era un hecho controvertido que la denunciada entregaba cartas de comida diferenciadas para hombres y mujeres, la segunda instancia examinó si existía una causa objetiva que justificara dicha diferenciación.

En primer lugar, la Sala precisó que la Rosa Náutica pretendió justificar dicho trato diferenciado señalando que “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 tal sentido, rechazó dicho alegato pues se basaba en un estereotipo de género que iba en contra del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual obligaba a los proveedores a informar a los consumidores sobre el precio, sin distinción alguna, a fin de que puedan realizar una adecuada decisión de consumo. Asimismo, la segunda instancia subrayó lo siguiente:

“62. En ese sentido, a criterio de los vocales que suscriben el presente voto, es 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 La Rosa Náutica.

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.

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. ”

En segundo lugar, la Sala desestimó el razonamiento de la Comisión en los siguientes términos:

“ 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”.

Por lo expuesto, la Sala revocó la decisión de la Comisión y declaró fundada la denuncia contra la Rosa Náutica por infracción del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que 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).”

En consecuencia, como medidas correctivas, la Sala ordenó a la Rosa Náutica el cese inmediato de la práctica discriminatoria detectada, la colocación de un cartel contra la discriminación en el consumo al interior de su establecimiento abierto al público, y la realización de un programa de capacitación en los siguientes términos:

“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”

Asimismo, la Sala calificó la infracción detectada como grave, sancionando a la Rosa Náutica con una multa de 50 UIT. La segunda instancia fundamentó su decisión en la grave afectación al interés colectivo o difuso de las mujeres que acudieron a dicho establecimiento comercial durante los años de actividad económica que ha tenido, considerando que la empresa reafirmó en todo momento que su política siempre fue así (entrega de cartas diferenciadas a mujeres y hombres cuando acudían en pareja).

Resaltó, además, la necesidad de establecer una sanción ejemplar a efectos de desincentivar que otros proveedores incurran en tan grave infracción, siendo que en otros casos de discriminación la Sala había impuesto multas de 50 UIT. Finalmente, reconoció a favor de la Asociación el 31,25 % de la multa impuesta, de conformidad con el Código de Protección y Defensa del Consumidor (art. 156.1) y la Directiva 009-2013/DIR-COD-INDECOPI.

Cabe resaltar que esta decisión de la Sala recibió cobertura mediática nacional e internacional, llegando a ser noticia en Estados Unidos⁶⁵ e Inglaterra⁶⁶.

4. Discriminación en el consumo por orientación sexual e identidad de género

4.1. Nociones previas

Para comprender mejor los casos de discriminación en el consumo por orientación sexual e identidad de género, es importante aclarar previamente algunos conceptos y términos básicos. En tal sentido, a efectos fundamentalmente prácticos, nos remitiremos al glosario recogido por la Opinión Consultiva OC-24/17, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre de 2017⁶⁷:

- **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.
- **Sexo asignado al nacer:** Esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales. La mayoría de las personas son fácilmente clasificadas pero algunas personas no encajan en el binario mujer/hombre.
- **Género:** Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.
- **Identidad de Género:** La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos

⁶⁵ Por ejemplo, el New York Times. Disponible en: <https://www.nytimes.com/aponline/2019/10/21/world/americas/ap-lt-peru-gender-discrimination.html?fbclid=IwAR2UUS6Qt390-RzyXI6xpS9gTbJ8fNbl65mmNH9Qj9x-x5QVA-mP2zDk4go> (Página consultada el 22 de octubre de 2019).

⁶⁶ Por ejemplo, el Daily Mail. Disponible en: <https://www.dailymail.co.uk/news/article-7606261/Famed-Peruvian-restaurant-fined-48-000-giving-women-different-menus-without-prices.html> (Página consultada el 22 de octubre del 2019).

⁶⁷ Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica en relación con identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, con referencia al artículo 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), páginas 15 - 20. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos.

- **Expresión de género:** Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida.
- **Tráns-género o persona trans:** Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa'afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual.
- **Persona transexual:** Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.
- **Persona cisgénero:** Cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer
- **Orientación sexual:** Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona.

- Homosexualidad: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género, así como a las relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Los términos gay y lesbiana se encuentran relacionados con esta acepción.
- Persona Heterosexual: Mujeres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídas por hombres; u hombres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídos por mujeres.
- Lesbiana: es una mujer que es atraída emocional, afectiva y sexualmente de manera perdurable por otras mujeres.
- Gay: se utiliza a menudo para describir a un hombre que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraído por otros hombres, aunque el término se puede utilizar para describir tanto a hombres gays como a mujeres lesbianas.
- Bisexual: Persona que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraída por personas del mismo sexo o de un sexo distinto.
- Homofobia y transfobia: La homofobia es un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas, gay o bisexual; la transfobia denota un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas trans. Dado que el término “homofobia” es ampliamente conocido, a veces se emplea de manera global para referirse al temor, el odio y la aversión hacia las personas lesbianas, gays y trans en general.

Es importante resaltar que esta terminología ha sido recogida también por la jurisprudencia de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi⁶⁸.

4.2. Marco normativo supranacional

En relación con el derecho humano a la igualdad y no discriminación, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁹ establece lo siguiente (art. 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 motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. (Subrayado agregado)

⁶⁸ A modo de ejemplos recientes, pueden verse las Resoluciones 0534-2019/SPC-INDECOPI del 27 de febrero del 2019 y 2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019.

⁶⁹ El Perú es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 28 de julio de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de enero de 1981.

Sobre el particular, en la Sentencia del 24 de febrero de 2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, se señaló lo siguiente⁷⁰:

“(…) 78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que 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. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico. (…). (Subrayado agregado)

70 En esa oportunidad, se indicó que la inclusión del término “otra condición social” expuesto en el artículo 1.1 de la Convención, permitía incorporar a otras categorías, como protegidas frente a actos discriminatorios:

“(…) 2. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana

83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

84. En este sentido, al interpretar la expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1 de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.

85. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1,1, de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opinión más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo. (…). (Subrayado agregado)

En base a lo anterior, se dejó establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención:

“(…) 91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párra. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (...)”

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribela discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. (...)” (Subrayado agregado)

En términos similares se ha pronunciado la Opinión Consultiva OC-24/17 citada precedentemente⁷¹.

Por lo tanto, en concordancia con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Perú tanto la discriminación por orientación sexual como aquella por identidad de género se encuentran proscritas por la Constitución (art. 2.2) y, en consecuencia, también por el Código de Protección y Defensa del Consumidor (art. 38). Lo anterior ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, en el marco del Enfoque de Derechos Humanos antes señalado⁷².

⁷¹ Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica en relación con identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, con referencia al artículo 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), p. 31-45. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

⁷² Ver Resoluciones 1197-2014/SPC del 10 de abril del 2014, 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre del 2015, 0534-2019/SPC-INDECOPI del 27 de febrero del 2019 y 2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019.

4.3. Discriminación en el consumo por orientación sexual

4.3.1. Premisa

El informe anterior del Indecopi respecto de la jurisprudencia sobre discriminación en el consumo incluyó el caso contra Supermercados Peruanos (2005), en el que el Tribunal del Indecopi, mediante Resolución 0665-2006/TDC-INDECOPI, confirmó la resolución de primera instancia que había declarado infundada la denuncia de un ciudadano que había señalado que el personal de la cafetería Dulces y Salados, de propiedad de Supermercados Peruanos, lo hostigó y expulsó de dicho establecimiento comercial solo porque se besó y abrazó con su pareja de sexo masculino⁷³.

De otro lado, el referido informe también incluyó un caso que constituyó un hito en materia de discriminación en el consumo por orientación sexual: la denuncia contra Plaza Hotel (2012). En dicho caso, mediante Resolución 1507-2013/SPC-INDECOPI del 12 de junio del 2013 la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi sancionó a un hotel por infringir la prohibición de discriminación en el consumo establecida en el artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, pues su recepcionista se negó a proporcionar la habitación matrimonial a los denunciantes, una pareja de hombres⁷⁴.

El principal fundamento de la Sala fue que el denunciado reconoció que el trato diferente se debió a la orientación sexual de los denunciantes, es decir, a que eran una pareja homosexual y no heterosexual, tratando de responsabilizar a su recepcionista como si este actuara aisladamente. En tal sentido, aplicando la responsabilidad vicaria a casos de discriminación, la Sala estableció que el hotel debía responder por el actuar discriminatorio de sus empleados.

Esta decisión es fundamental pues se trata del primer caso donde se reconoce y sanciona la discriminación en el consumo por orientación sexual a nivel de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, esto es, en segunda y última instancia administrativa.

Como veremos a continuación, casos como los antes señalados se han vuelto a presentar en la jurisprudencia del Indecopi.

4.3.2. Represión de manifestaciones de afecto entre parejas del mismo sexo en establecimientos comerciales

⁷³ INDECOPI. Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito. Jurisprudencia del INDECOPI. Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor. Investigación a cargo de Leoni Raúl Amaya Ayala. Lima, 2015, p. 100-101. Disponible en <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminaci%C3%B3n+en+el+Per%C3%BA/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094>

⁷⁴ *Ibid*, páginas 104-105.

• Denuncia contra Mall Service S.A.C. (Centro Comercial Plaza San Miguel) (2014)

Una pareja de hombres denunció al Centro Comercial Plaza San Miguel pues, mientras se encontraban en la plaza principal de dicho lugar conversando y demostrando afecto mutuo como lo hacían otras parejas en el lugar, se les acercó un miembro del equipo de seguridad de dicho establecimiento con actitud de molestia y les dijo que debían retirarse del lugar puesto que no podían hacer “anomalías”. Debido a ello, uno de los denunciantes comenzó a grabar la discusión con su celular. El personal de seguridad insistió en que debían retirarse puesto que había visto las muestras de afecto que se demostraban, ante lo cual le replicaron que habían otras parejas haciendo lo mismo que ellos, recibiendo como respuesta que era diferente por tratarse de dama y caballero.

En su defensa, la denunciada señaló que la intervención del vigilante se justificó en tanto los denunciantes estaban demostrándose afecto de forma efusiva.

Sin embargo, mediante Resolución 2412015/ILN-CPC, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Norte declaró fundada la denuncia interpuesta contra el Centro Comercial Plaza San Miguel, por infracción del artículo 38.1 del Código, al haber quedado acreditado que discriminó a los denunciantes por su orientación sexual. En tal sentido, ordenó como medida correctiva que la denunciada capacitara a sus empleados sobre la discriminación en el consumo y la sancionó con una multa de 10 UIT.

El Centro Comercial Plaza San Miguel apeló la decisión de la Comisión, reiterando lo expuesto en sus descargos

Mediante Resolución 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre del 2015, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi confirmó la Resolución 2412015/ILN-CPC, pues consideró que había quedado acreditado que un miembro del personal de seguridad de la denunciada pidió a los denunciantes, una pareja de hombres, que se retiraran alegando supuestas muestras de cariño efusivas, las mismas que no pudieron ser probadas.

Para la Sala fue fundamental que, de los videos proporcionados por los denunciantes, se desprendía una desvaloración por parte del personal de seguridad a su orientación sexual respecto de la orientación sexual de otras parejas que se encontraban en la misma zona del centro comercial, siendo que la denunciada no demostró la existencia de causas distintas a la discriminación que justificaran dicho trato diferenciado. En tal sentido, la Sala señaló que, si bien rechazaba las conductas obscenas realizadas en un lugar público por cualquier persona independientemente de su orientación sexual, dichas conductas alegadas por la denunciada no fueron probadas en el caso concreto, por lo que esta debía ser sancionada.

Este pronunciamiento es particularmente importante pues no solo es el primer caso donde, a nivel del Tribunal del Indecopi, se reconoce y sanciona la discriminación en el consumo por

orientación sexual en la modalidad de represión de manifestaciones de afecto de parejas, sino porque además revierte el criterio establecido en el caso Supermercados Peruanos (2005), mencionado previamente.

• **Denuncia contra Inversiones Vacarli (Discoteca Mood) (2016)**

Un consumidor denunció a Inversiones Vacarli, dueña de la Discoteca Mood en Piura, señalando que mientras se encontraba en dicho establecimiento bailando y besándose con otra persona de sexo masculino, personal de seguridad se acercó y los empujó del hombro, indicándoles que debían retirarse en tanto el beso presenciado no era una conducta natural y, además, era incómodo para los demás, siendo que posteriormente otro agente de seguridad los insultó. El denunciante presentó un video que contenía la grabación de parte de lo sucedido ese día.

En sus descargos, la Discoteca Mood alegó que era falso que el denunciante solo se haya besado con su acompañante, indicando que, en realidad, estuvieron en el local realizando actos indebidos y contra el pudor, lo cual motivó que los agentes de seguridad les pidieran que cesaran tales actos.

Mediante Resolución 323-2017/INDECOPI-PIU, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura declaró fundada la denuncia por infracción de los artículos 1.1 literal d) y 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, sancionando a Discoteca Mood con una multa de 50 UIT y ordenándole como medida correctiva el cese de las prácticas discriminatorias.

La Comisión, partiendo del marco normativo de derechos humanos señalado al inicio de la presente sección, analizó las pruebas presentadas por las partes y, del video proporcionado por el denunciante, concluyó que *“el miembro de seguridad en ningún momento les atribuyó tal circunstancia para invitarlos a retirarse del establecimiento; mas por el contrario, la razón para ello fue que el local no era un lugar adecuado para que dos personas de sexo masculino se besen, existiendo determinados lugares para dichas muestras de afecto”*.

Frente a la apelación de Discoteca Mood, que reiteró sus argumentos, mediante Resolución 3167-2017/SPC-INDECOPI del 6 de noviembre del 2017 la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, por mayoría de votos⁷⁵, realizó un razonamiento probatorio similar al de la Comisión y confirmó la decisión de la primera instancia en todos sus extremos.

4.3.3. Negativa de habitación matrimonial para parejas del mismo sexo en servicios de hospedaje

⁷⁵ La Vocal Ana Asunción Ampuero Miranda formuló un voto en discordia, discrepando del análisis probatorio de la mayoría.

• Denuncia contra Hospedaje Estrella Sol y Luna (2017)

Una consumidora, quien manifestó que había conseguido cambiar su nombre de masculino a femenino en el Documento Nacional de Identidad - DNI a través de un proceso judicial, mas no su sexo que seguía apareciendo como masculino, denunció al Hospedaje Estrella Sol y Luna pues al momento de presentar su DNI con el fin de ingresar a una de las habitaciones donde la esperaba su acompañante de sexo masculino, la recepcionista *“luego de leer el nombre femenino y el sexo masculino [del DNI de la denunciante], mostró su rechazo y trato discriminatorio hacia su persona, por su orientación sexual; (...) el personal del proveedor le manifestó que no tenía ningún problema con su condición, pero, debido a las normas del establecimiento no podía brindarle el servicio”*⁷⁶. Para demostrar lo denunciado, la denunciante adjuntó un CD con la grabación en video de la conversación con la recepcionista.

Mediante Resolución 027-2018/INDECOPI-PIU, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura declaró fundada la denuncia por infracción de los artículos 1.1 literal d) y 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, sancionando al denunciado con una multa de 25 UIT por la infracción verificada y ordenándole como medida correctiva el cese de las conductas. Frente a la apelación de Hospedaje Estrella Sol y Luna contra dicha resolución, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, mediante Resolución 2129-2018/SPC-INDECOPI del 20 de agosto del 2018, confirmó el pronunciamiento de la Comisión.

En tanto el caso Plaza Hotel (2012) ya había establecido que es discriminatorio que un hotel niegue una habitación matrimonial a una pareja por su orientación sexual, es decir, por estar conformada por dos hombres o dos mujeres, en este caso la discusión central fue probatoria. Así, el principal fundamento de la decisión de la Sala fue que, contrariamente a la defensa de la denunciada que negaba los hechos, las pruebas aportadas sí demostraban la discriminación denunciada.

Por un lado, la grabación de la conversación con la recepcionista verificaba que, ante la negativa del servicio, la denunciante informó que dicha conducta era un acto de discriminación. Por otro lado, las propias declaraciones del denunciado tanto en sus descargos de primera instancia como en su apelación, que a continuación transcribimos, confirmaban el acto discriminatorio:

“[el acompañante de la denunciante] se hospedo [sic] en la habitación número 104, por lo que posteriormente la supuesta agraviada pretendía ingresar al mismo cuarto, a lo que se le indico [sic] de que dos hombres no podían ingresar a una habitación matrimonial sino doble...”

[Escrito de descargos - Subrayado agregado].

⁷⁶ En este punto, se citan textualmente los antecedentes consignados en la Resolución 2129-2018/SPC-INDECOPI del 20 de agosto del 2018, cuyo objeto es recoger lo expresamente denunciado.

“Por lo que de forma respetuosa y alturada, acordamos de que el cliente que estaba utilizando la habitación y la supuesta agraviada procedan a ingresar a una cama doble, ya que por razones de los servicios que prestamos, evidenciamos de que su finalidad de que dos hombres usen una misma habitación es por razones de disminuir gastos y de que mi representada se perjudique al otorgarles una habitación matrimonial ...”
[Apelación - Subrayado agregado].

De lo anterior, la Sala concluyó que en el supuesto de que la denunciante y su acompañante *“hayan sido una pareja heterosexual, el Hospedaje sí les hubiera permitido rentar o ingresar a una habitación matrimonial, dado que al tratarse de una pareja de varones solo procedería a rentarles una habitación doble; situación que da cuenta de un acto de discriminación por motivo de la orientación sexual de la parte denunciante.”*

Adicionalmente a confirmar la decisión de la Comisión en todos sus extremos, la Sala ordenó de oficio, como medidas correctivas, que la denunciada (i) capacitara a su personal, dependiente y/o contratado, sobre la prohibición de discriminar a los consumidores, establecida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor; y (ii) colocara un cartel contra la discriminación en la parte exterior de su establecimiento, y demás locales si los hubiere, con un mensaje contra la discriminación en el consumo, conforme a los términos establecidos en la referida Resolución.

• **Denuncia contra Hotel Mundo (2018)**

Una consumidora denunció a Hotel Mundo pues al intentar ingresar al hotel con su acompañante de sexo femenino, la recepcionista le indicó que no estaba permitido el ingreso de dos personas del mismo sexo. La denunciante presentó un video que registraba la conversación con la recepcionista. En sus descargos, Hotel Mundo negó los hechos denunciados por la denunciante.

Mediante Resolución 325-2019/CC2, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N ° 2, por mayoría de votos⁷⁷, declaró fundada la denuncia contra Hotel Mundo, por infracción de los artículos 1 numeral 1 literal d) y 38 del Código, en tanto el proveedor realizó una práctica discriminatoria al indicar que no podían ingresar dos personas del mismo sexo a una habitación pese a que le habría confirmado el precio de la misma, y, en consecuencia, la sancionó con una multa de 2 UIT.

Para la Comisión, el video contenía indicios suficientes de un trato desigual, concretamente el no permitir que la denunciante se hospedara en el establecimiento comercial en compañía de otra persona de su mismo sexo, sin que la denunciada haya podido demostrar una causa objetiva que lo justificara, lo cual configuraba una infracción a la prohibición de discriminación en el consumo.

⁷⁷ El Comisionado Arturo Seminario Dapello formuló un voto en discordia.

En palabras de la propia Comisión: *“este acto constituyó un acto de discriminación, toda vez que se desprende que la única razón de la restricción de acceso aplicada a la señora (...), se debió a que ésta ocuparía la habitación con una persona del mismo sexo; sin que medien causas de seguridad del establecimiento, tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares. Siendo ello así, la aplicación de un trato diferenciado en el marco de una relación de consumo, concreta o potencial, deberá obedecer a causas objetivas y razonables.”*

Hotel Mundo apeló la decisión de la Comisión, reiterando lo señalado en sus descargos iniciales. Frente a ello, mediante Resolución 2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019 la Sala anuló la resolución de la Comisión e, integrándola⁷⁸, declaró fundada la denuncia por infracción de los artículos 1 numeral 1 literal d) y 38 del Código.

Para la Sala, en términos similares a lo señalado por la Comisión, de una revisión del video presentado por la denunciante y entendiendo el contexto particular del caso concreto, era posible afirmar que Hotel Mundo había denegado a la denunciante el ingreso a su establecimiento debido a su orientación sexual, lo cual daba cuenta de un trato desigual. Asimismo, la denunciada no había podido demostrar una causa objetiva y justificada para sustentar dicho trato desigual, por lo que era responsable por infringir la prohibición de discriminación en el consumo establecida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Al haberse anulado la decisión de la Comisión respecto de la responsabilidad de la denunciada, la multa de 2 UIT originalmente impuesta por la primera instancia también fue anulada. A diferencia del extremo referido a la responsabilidad, que como hemos visto fue integrado, este extremo relativo a la multa se mantuvo nulo y la Sala ordenó a la Comisión graduar la sanción de nuevo teniendo en cuenta, por un lado, que una multa de 2 UIT *“resulta significativamente menor a la que debería aplicarse a un proveedor en función del tipo infractor detectado, esto es, una práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la denunciante”* y, de otro lado, que en aplicación del artículo 110 del Código de Protección y Defensa del Consumidor la multa a imponer no debía superar el 20% de las ventas o ingresos brutos de la denunciada pues, de la documentación presentada, se verificaba que era una pequeña empresa y por ende se encontraba bajo la protección.

La Sala, adicionalmente ordenó, como medidas correctivas, que: (i) en adelante, permita el ingreso de la denunciante a su establecimiento, así como la de cualquier otro consumidor sin establecer restricciones basadas en la orientación sexual de los mismos; (ii) colocar un anuncio contra la discriminación en su establecimiento; y (iii) brindar una capacitación sobre prevención de discriminación en el consumo a todos sus trabajadores que: (a) tengan contacto

⁷⁸ “Integrar” se refiere a que, pese a que la Sala anuló la decisión de la Comisión, resolvió el caso sin tener que derivarlo a la primera instancia para que esta se pronuncie de nuevo. En efecto, la Sala anuló la decisión de la Comisión porque, conforme fue alegado por Hotel Mundo en su apelación, la primera instancia no valoró un medio probatorio ofrecido por el denunciado: el registro de huéspedes. Sin embargo, en la medida que Hotel Mundo había ejercido adecuadamente su derecho de defensa a lo largo del procedimiento, la Sala consideró que tenía elementos suficientes para pronunciarse sobre la controversia en aplicación estricta de la Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 227).

directo con clientes por cualquier canal de atención; y, (b) 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 dentro de la estructura del denunciado) y contar con mecanismos de registro de asistentes, así como de evaluación de los contenidos impartidos.

4.3.4. Negativa de entidad financiera a evaluar crediticiamente como sociedad conyugal a unión civil entre dos hombres celebrada en el extranjero

• **Denuncia contra Banco de Crédito del Perú (2017)**

Un consumidor denunció a Banco de Crédito del Perú por negarse a realizar una evaluación crediticia de la sociedad conyugal que conformaba junto a su esposo, como consecuencia de una unión civil bajo las leyes italianas. El propósito del denunciante era contratar con el denunciado un crédito hipotecario para adquirir un bien inmueble de un proyecto inmobiliario financiado también por dicha entidad financiera. Preciso que el denunciado le ofreció optar por la evaluación de acceso al crédito hipotecario como copropiedad, pero ello desvirtuaba por completo el régimen patrimonial elegido de bienes mancomunados.

En su defensa, el Banco de Crédito del Perú indicó que lo solicitado por el denunciante no era posible pues, habiendo celebrado su unión en el extranjero, debía realizar primero el reconocimiento y registro de su estado civil en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec, conforme a los artículos 47 y 48 del Reglamento de Inscripciones del Reniec, aprobado mediante Decreto Supremo N 015-98-PCM, en los cuales se establece la obligación de inscribir el matrimonio celebrado en el extranjero.

Mediante Resolución 2052-2018/CC1, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1 declaró infundada la denuncia considerando que la evaluación crediticia para el otorgamiento de un crédito hipotecario como sociedad conyugal requería, en efecto, de la inscripción de la unión civil celebrada en el extranjero ante el registro civil del Reniec.

Cabe destacar que la Comisión, luego de un análisis de Derecho Internacional Privado, arribó a la conclusión preliminar de que una vez verificada la adquisición de los derechos por los integrantes del matrimonio (o unión civil) de manera correcta y sin haber vulnerado el orden público internacional, el Estado peruano tenía el deber de reconocerlos como tal en el Perú, así como, los países extranjeros hacen lo mismo con los actos celebrados en el territorio nacional por sus connacionales. Entender lo contrario, para la Comisión, sería discriminatorio; pues implicaría que dos personas lícitamente casadas en sus respectivos países no tendrían en el Perú derecho a solicitar un crédito, comprar ni vender inmuebles.

Sin embargo, luego de un análisis de la legislación y jurisprudencia nacional, la primera instancia concluyó que un matrimonio o unión civil contraído bajo las normas extranjeras

requería cuanto menos de su inscripción para tener plenos efectos en el territorio nacional, resaltando el carácter declarativo de dicha inscripción, por lo que la falta de la misma en modo alguno implicaba una falta de reconocimiento de su validez, sino únicamente una suspensión temporal de sus efectos. Es en este contexto que la Comisión declaró infundada la denuncia, en tanto la unión civil celebrada en el extranjero no se encontraba inscrita a la fecha de los hechos materia de denuncia.

El denunciante apeló la decisión de la Comisión, reiterando lo señalado en su denuncia y agregando, entre otros argumentos, que el denunciado le requería que presente su DNI actualizado, pese a que a la fecha en el Perú no existía ningún caso de matrimonios entre personas del mismo sexo registrados en el Reniec, y los ciudadanos como él que tuvieron la oportunidad de casarse en el extranjero, se encontraban batallando judicialmente durante años para inscribir su estado civil.

Mediante Resolución 1228-2019/SPC-INDECOPI del 13 de mayo del 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor confirmó la decisión de la Comisión bajo un razonamiento similar al de la primera instancia, expuesto precedentemente. La Sala precisó que distinto sería el supuesto si el denunciante hubiera presentado ante el Banco la constancia de la inscripción registral de su unión civil, pues en ese caso, el denunciado se habría encontrado en la obligación de evaluarlo crediticiamente junto a su pareja como una sociedad conyugal, ya que tendrían el registro que así lo ampara, independientemente del género u orientación sexual del solicitante.

4.4. Discriminación en el consumo por identidad de género

4.4.1. Premisa

La discriminación por identidad de género que afecta a las personas transgénero es, tal como su nombre indica claramente, una discriminación por género y podría haberse incluido en la sección correspondiente del presente informe. Sin embargo, se prefirió abordarla junto con la discriminación por orientación sexual pues ambas comparten un marco teórico y normativo, conforme a lo desarrollado previamente.

Ahora bien, el informe anterior del Indecopi dio cuenta de dos denuncias por discriminación en el consumo por identidad de género que fueron materia de pronunciamiento por parte de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, siendo rechazadas por dicha instancia.

Por un lado, en el caso Gold's Gym [2009], mediante Resolución 3444-2012/SPC-INDECOPI la Sala declaró infundada la denuncia de una mujer transgénero contra un gimnasio que condicionó su membresía a perifonearla por el nombre masculino que aparecía en su DNI sin respetar el nombre femenino que correspondía a su identidad de género (femenina), mientras que en el caso Zevallos [2012], mediante Resolución 2460-2013/SPC-INDECOPI la Sala declaró

infundada la denuncia de otra mujer transgénero contra un establecimiento comercial que no le permitió el uso del baño que correspondía a su identidad de género (femenina), es decir, el baño de mujeres.

Para mayores detalles sobre dichos casos, nos remitimos al referido informe⁷⁹. En este punto, solo queremos resaltar el terreno en general desfavorable para las denuncias de discriminación en el consumo por identidad de género, al menos hasta esos dos casos. Ahora bien, cabe preguntarse ¿habrá cambiado este panorama?

4.4.2. Negativa de ingreso a establecimientos comerciales

• **Investigación de oficio / Denuncia contra Gothic Entertainment S.A. (Discoteca Gótica) (2012)**

Como consecuencia de la información difundida por el programa de televisión “La Noche es Mía”, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur⁸⁰ inició un procedimiento de oficio contra Discoteca Gótica por presunta infracción de los artículos 1.1 literal c) y 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto habría incurrido en presuntas prácticas discriminatorias, al haber impedido el ingreso de una mujer transgénero, pese a que se habría encontrado en la lista de invitados, siendo que permitió el ingreso de otros consumidores que se encontraban bajo las mismas circunstancias. Paralelamente, la mujer transgénero afectada denunció a Discoteca Gótica por los mismos hechos. Ambos expedientes fueron acumulados.

En su defensa, la empresa negó los hechos denunciados. Frente a ello, mediante Resolución 0715-2013/CPC la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1 halló responsable a la denunciada de las prácticas discriminatorias imputadas, sancionándola con una multa de 100 UIT, ordenándole como medidas correctivas que enviara una carta de disculpas a la denunciante, publicara un anuncio contra la discriminación en el consumo en su página web y lo colgara en la entrada de la Discoteca Gótica, capacitara a su personal para evitar que se repita la conducta detectada y cesara sus prácticas discriminatorias. El razonamiento que motivó la decisión de la Comisión, luego de un pormenorizado análisis probatorio, sobre todo de las grabaciones de video de lo ocurrido presentadas por la denunciante, fue el siguiente:

⁷⁹ INDECOPI. Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito. Jurisprudencia del INDECOPI. Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor. Investigación a cargo de Leoní Raúl Amaya Ayala. Lima, 2015, p. 101-104. Disponible en <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminaci%C3%B3n+en+el+Per%C3%BA/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094>

⁸⁰ Si bien al momento de iniciar de oficio el procedimiento solo existía una Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur del Indecopi, al momento en que se resolvió el caso bajo comentario ya existían dos, siendo la Comisión Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N°1 la encargada de emitir la resolución final de primera instancia. En la actualidad existen tres Comisiones de Protección al Consumidor en la Sede Lima Sur del Indecopi, conforme puede verse en <https://www.indecopi.gob.pe/en/web/proteccion-al-consumidor/presentacion6>

“[U]na vez que ella [la denunciante] solicitó el costo de la entrada, los agentes de seguridad de la discoteca “Gótica” le informaron que consultarían su ingreso; hecho que resulta contradictorio con el normal desenvolvimiento de las prácticas comerciales en este tipo de establecimientos; más aún, cuando las filmaciones no evidencian la presencia de otros consumidores en espera, lo cual podría haber justificado la demora en el ingreso. Por el contrario, este Colegiado ha comprobado en las grabaciones que tanto en la entrada para público general e incluso en la zona de caja ubicada en el acceso previo a la discoteca, no se encontraba ningún consumidor en espera; motivo por el cual el personal de seguridad no posee justificante alguno para haber hecho esperar a la denunciante para su acceso a la zona de caja ni para haberle brindado dos precios distorsionados sobre el costo del acceso a la discoteca.”

En efecto, la Comisión determinó que la denunciada intentó disuadir del ingreso de la denunciante con el aumento en el costo de la entrada.

Frente a la apelación de la denunciada, que cuestionó el razonamiento probatorio de la Comisión, mediante Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril del 2014, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi confirmó la decisión de la Comisión que halló responsable a la denunciada por infringir la prohibición en el consumo establecida en el artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto verificó que condicionó el ingreso de la denunciante a la Discoteca Gótica al pago de una suma de dinero mayor a la requerida a la generalidad de consumidores, debido a su condición de persona transgénero. En tal sentido, confirmó las medidas correctivas ordenadas. Asimismo, revocó la multa de 100 a 50 UIT fundamentalmente en virtud al principio de predictibilidad, es decir, en tanto en casos anteriores de discriminación se había impuesto una multa de esa cuantía.

La Sala realizó un análisis probatorio similar al de la Comisión, partiendo por primera vez de un marco jurídico supranacional (citado al inicio de la presente sección) que daba cuenta de cómo la Convención Americana y la Constitución Política del Perú consideran a la identidad de género como una categoría protegida frente a la discriminación, para luego hacer un desarrollo sobre la flexibilización de la carga probatoria a nivel comparado.

• Investigación de oficio contra El Aguaje (2017), denuncia contra Amazon Club (2017) y denuncia contra Discoteca Chira (2018)

Con posterioridad al caso contra la Discoteca Gótica (2012), resumido precedentemente, se presentaron estos tres casos muy similares en hechos: las empresas denunciadas habían negado el ingreso a sus establecimientos comerciales a personas por su identidad de género (femenina).

En todos ellos, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, mediante Resoluciones 0628-2018/SPC-INDECOPI del 26 de marzo del 2018 en la investigación de oficio contra El Aguaje, 1539-2018/SPC-INDECOPI del 22 de junio del 2018 en la denuncia contra Amazon Club, y 534-2019/SPC-INDECOPI del 27 de febrero del 2019 en la denuncia contra Discoteca Chira, confirmó los pronunciamientos de las respectivas Comisiones que multaron a las denunciadas por infringir la prohibición en el consumo establecida en el artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Asimismo, las medidas correctivas ordenadas fueron la publicación de un cartel y la realización de una capacitación contra la discriminación.

Cabe destacar que si bien en el caso Discoteca Chira el fundamento probatorio de la decisión de la Sala fue la grabación de un video en términos similares al caso Discoteca Gótica (2012), tanto en los casos El Aguaje como Amazon Club los medios probatorios determinantes fueron más bien inspecciones realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Lima Norte y la Oficina Regional del Indecopi de Madre de Dios, respectivamente, apenas fue denunciada la discriminación y antes de imputar los cargos.

En cuanto a las medidas correctivas, cabe destacar la especial preocupación de la Sala por promover las capacitaciones pues tanto en los casos Amazon Club como Discoteca Chira hizo una recomendación a las Comisiones para que siempre consideren evaluar la pertinencia de ordenar medidas correctivas (de oficio o a pedido de parte según corresponda) dirigidas a que se capaciten y sensibilicen a los empleados de los proveedores contra la discriminación y a que se informen a los consumidores sobre sus derechos.

Respecto de la multa, es importante precisar que si bien en todos los casos la Sala confirmó las multas de 10 UIT (El Aguaje), 5 UIT (Amazon Club) y 25 UIT (Discoteca Chira), precisó que estas deberían ser mayores, ascendentes a 50 UIT en la línea del caso Discoteca Gótica (2012) pero, teniendo en cuenta que las denunciadas fueron las apelantes, no era posible incrementarlas por la prohibición legal de reforma en peor establecida por la Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 256.3).

4.5. Negativa a concretar operaciones financieras

• Denuncia contra Tiendas Ripley (2014)

Una mujer transgénero denunció que, en su calidad de cliente del Banco Ripley, se apersonó a un local de Tiendas Ripley para solicitar una disposición de efectivo en una de las cajas de la sección de deportes del referido establecimiento. Si bien cumplió con presentar su Documento Nacional de Identidad - DNI, tal como le fue requerido, personal de la referida empresa cuestionó su identidad al no parecerse a la imagen de la fotografía en dicho documento, por lo que procedió a explicarle que era una persona transgénero.

La denunciante resaltó que, posteriormente, la supervisora del área le indicó, de manera inadecuada y llamando la atención de los demás clientes del establecimiento, que para poder efectuar dicha transacción debía presentarse con una identidad masculina como en la fotografía de su DNI o ir vestida como hombre, precisándole, además, que no podía efectuar el retiro en la caja de Tiendas Ripley, dado que no podía validarse su identificación, por lo que debía dirigirse al Banco Ripley. Para sustentar su denuncia, presentó los reclamos presentados ante el banco, así como las respectivas respuestas.

Tiendas Ripley se defendió negando los hechos denunciados e invocando sus procedimientos internos de identificación que exigían la correspondencia entre la apariencia del cliente y la apariencia de la persona que aparecía en el documento de identidad.

Mediante Resolución 1996-2016/CC1 la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1 declaró fundada la denuncia contra Tiendas Ripley en tanto consideró que quedó acreditado que esta empresa se negó a concretar la disposición de efectivo solicitado por la parte denunciante, por su condición de transgénero, situación que configuraba un acto de discriminación. La Comisión consideró que:

- el ejercicio del derecho de identidad de la denunciante no debía ser impedimento para realizar las operaciones bancarias como las que efectuaba cualquier cliente;
- los datos consignados en el documento de identidad no podían ser variados a su libre voluntad; y,
- no se cuestionaba el hecho de que el personal efectúe el examen comparativo a la denunciante con los documentos presentados, sino que no adoptara las medidas necesarias para evitar que la consumidora se viese impedida de realizar la operación por su condición de persona transgénero, lo que implicaba que la empresa debía estar capacitada, por ejemplo solicitando al cliente datos que solo conocía (referidos a datos personales o su cuenta de tarjeta de crédito), porque sostener lo contrario significaría aceptar que a pesar de que una persona transgénero podía contratar una tarjeta de crédito y tener acceso a servicios financieros, no podría realizar ciertas operaciones debido a su condición, evidenciándose un trato desigual injustificado y discriminatorio frente a otros clientes.

Frente a la apelación de Tiendas Ripley, que reiteró sus descargos de primera instancia, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, mediante Resolución 1662-2017/SPC-INDECOPI del 9 de mayo del 2017, revocó la decisión de la Comisión y declaró infundada la denuncia. La Sala consideró que la empresa denunciada había demostrado que existían razones objetivas para no proceder, dentro de sus instalaciones, a la transacción solicitada por la denunciante:

“del expediente lo que se evidencia es que se trata de una persona que solicitó realizar una operación empleando un DNI con una imagen que no se parecía al portador del mismo y de la tarjeta y que, por tal motivo, al margen de que fuese una persona

transgénero u otro cliente, cabe reiterar que no se podía concretar tal operación ya que, en atención a las normas sectoriales, Tiendas Ripley podía ser sancionada por la idoneidad en el propio servicio financiero prestado (consumos no autorizados o reconocidos, suplantación, entre otros)."

• **Denuncia contra Banco de Crédito del Perú (2014)**

Una mujer transgénero denunció al Banco de Crédito del Perú pues, al pretender bloquear por teléfono su tarjeta de débito para obtener un nuevo plástico conforme al procedimiento establecido por dicha empresa, el asesor de servicios que la atendió se negó inicialmente a efectuar el bloqueo de su tarjeta al cuestionar que su voz no era la de una persona de sexo masculino, conforme a su Documento Nacional de Identidad - DNI.

La denunciante indicó que el mencionado asesor solicitó comunicarse con una funcionaria del banco que se encontraba en la agencia, para que acredite que era la titular de la cuenta. La referida funcionaria explicó vía telefónica al asesor que efectivamente era el titular de la cuenta, utilizando la frase "es un joven". Ante ello, el asesor, finalmente, procedió al bloqueo de su tarjeta. En tal sentido, la denunciante consideraba inadecuado el trato del que fue objeto para poder bloquear su tarjeta. Para sustentar su denuncia, presentó los reclamos presentados ante el banco, así como las respectivas respuestas.

El Banco se defendió señalando que el asesor siguió el protocolo de seguridad establecido para ello, efectuando las preguntas correspondientes a fin de validar la identidad de la parte denunciante y, de ese modo evitar, cualquier tipo de fraude o suplantación. Precisó que el sexo consignado por la parte denunciante tanto en su DNI como en su solicitud de tarjeta de débito fue el masculino, siendo que si el asesor dudó sobre si trataba con el verdadero titular de la cuenta fue, precisamente porque no encontraba una correspondencia entre el sexo consignado en la base de datos y el tono de voz de la persona con quien hablaba por teléfono.

Mediante Resolución 1178-2016/CC1, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1, declaró infundada la denuncia pues consideró que no quedó acreditado que la entidad bancaria se haya negado a bloquear la tarjeta de débito de la parte denunciante aduciendo que esta debía poseer una voz de una persona de sexo masculino al igual que lo consignado en sus datos personales, no configurándose un acto discriminación.

Frente a la apelación de la denunciante, quien reiteró sus alegatos de primera instancia y resaltó que había contestado correctamente todas las preguntas de verificación de identidad realizadas por el asesor de servicios, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, mediante Resolución 239-2017/SPC-INDECOPI del 17 de enero del 2017, confirmó la decisión de la Comisión. Para la Sala, el denunciado tuvo una duda razonable y atendiendo al hecho de que la denunciante se encontraba en sus instalaciones, decidió utilizar tal circunstancia para

generar certeza respecto a su identidad, por lo que no se verificaba que el Banco haya incurrido en prácticas discriminatorias.

4.6. Comentarios

Respecto de los casos de discriminación en el consumo por orientación sexual, cabe destacar que luego del caso Plaza Hotel (2012), los otros dos casos similares que se han presentado, Hospedaje Estrella Sol y Luna (2017) y Hotel Mundo (2018), siguen centrando la discusión a nivel probatorio y no sustancial, lo cual es positivo y debe mantenerse. Es decir, no se discute en ningún momento el carácter discriminatorio de la conducta denunciada, sino si está acreditada o no.

Asimismo, cabe reiterar que el caso Plaza San Miguel (2014) constituyó un hito pues no solo fue el primero donde la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi reconoció y sancionó la discriminación en el consumo por orientación sexual en la modalidad de represión de manifestaciones de afecto de parejas, sino porque además revirtió el criterio establecido en el caso Supermercados Peruanos (2005), mencionado previamente. Posteriormente, Discoteca Mood (2016), un caso muy similar, también centró la discusión en el tema probatorio y no a nivel sustancial. Es decir, el criterio se ha mantenido y ya no se discute el carácter discriminatorio de estas prácticas, sino su probanza.

En cuanto a los casos de discriminación por identidad de género, el caso Discoteca Gótica (2012) también fue un hito pues no solo se trató del primero donde la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi reconoció el marco jurídico supranacional antes señalado, sino que también fue la primera vez que sancionó la discriminación en el consumo por identidad de género, al menos a nivel de segunda y última instancia administrativa con competencia nacional. En tal sentido, es positivo que el criterio se haya mantenido en los casos El Aguaje (2017), Amazon Club (2017) y Discoteca Chira (2018).

Casos como la denuncia de una pareja de hombres contra el Banco de Crédito del Perú (2017) revelan un problema de discriminación contra las personas gays, lesbianas y bisexuales que trasciende el ámbito del consumo. En efecto, que un banco se niegue a evaluar como sociedad conyugal al matrimonio o unión civil entre dos personas del mismo sexo realizado en el extranjero es propiciado por la falta de reconocimiento por parte del Estado (concretamente, el Reniec) de dichas uniones homosexuales, lo cual constituye discriminación por orientación sexual y, por ende, contraviene la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citada precedentemente. En tal sentido, este tipo de casos debería ser considerado como insumo por los actores directamente encargados de promover y/o implementar los cambios necesarios para eliminar esta clase de discriminación.

En términos similares, casos como las denuncias de una mujer transgénero contra Tiendas Ripley (2014) y Banco de Crédito del Perú (2014) revelan un problema de discriminación contra

las personas transgénero que trasciende el ámbito del consumo. En efecto, que un banco se niegue a concretar operaciones financieras como las solicitadas por la denunciante en dichos casos es facilitado por la falta de reconocimiento por parte del Estado (concretamente, el Reniec) de la identidad de género de dichas personas en el DNI, lo cual constituye discriminación y, por ende, contraviene la referida Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, este tipo de casos también debería ser considerado como insumo por los actores directamente encargados de promover y/o implementar los cambios necesarios para eliminar esta clase de discriminación.

Finalmente, cabe destacar que en el caso *Hospedaje Estrella Sol y Luna* (2017) se aprecia cómo, siguiendo los términos que habrían sido utilizados por la propia denunciante, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi califica el caso como uno de discriminación por orientación sexual, es decir, aquel ejercido contra personas gays, lesbianas y bisexuales conforme a la terminología mencionada al inicio de esta sección.

Sin embargo, una lectura de los hechos consignados en la propia resolución sugiere que, en estricto, se trata de una discriminación por identidad de género, es decir, aquella que se ejerce contra las personas transgénero. En efecto, de los hechos se desprende cómo la recepcionista del hotel denunciado niega la identidad de género femenina de la denunciante, reflejada en el cambio de nombre en su DNI, lo cual trae como consecuencia que la considere un hombre y, por tanto, le niegue la habitación matrimonial donde se encontraba su acompañante, de sexo masculino. Ciertamente, esto último implica discriminación por orientación sexual, pero ello, en nuestra opinión, es consecuencia del hecho principal inicial: la discriminación por identidad de género.

5. Discriminación en el consumo por edad

• *Investigación de oficio contra el Banco Interamericano de Finanzas (Banbif) (2018)*

La Comisión de Protección al Consumidor N° 3 inició de oficio un procedimiento contra Banbif en tanto habría negado sus productos “Crédito Mi Vivienda” y “Crédito Hipotecario” a algunos consumidores debido a su edad. La Comisión basó su decisión en la investigación de oficio encargada por su Secretaría Técnica a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Indecopi, en el marco de la cual: (i) se verificó que Banbif establecía en su página web, como requisito para acceder al producto “Crédito MiVivienda”, el tener entre 20 y 70 años; (ii) se realizó una inspección donde se comprobó que Banbif no había suprimido dicho requisito etario pues en la práctica sus funcionarios continuaban informando del mismo, siendo que se había establecido el mismo requisito para el producto “Crédito Hipotecario”.

En su defensa, Banbif señaló que el hecho de que haya figurado en su página web la edad mínima y máxima para la contratación del producto “Crédito MiVivienda” se debía a un error involuntario que había corregido apenas tomó conocimiento del mismo. En tal sentido, negó

haberse rehusado a contratar con personas menores de 20 años o mayores de 70 años y cuestionó el acta de la supervisión. Sin perjuicio de ello, alegó que por razones de riesgo la edad sí podía ser considerada como un límite para acceder a ciertos productos, siendo una diferenciación razonable la decisión de un banco de no contratar con determinados grupos de personas considerando su edad, de conformidad con la libertad de contratación reconocida por el artículo 62 de la Constitución Política del Perú.

Mediante Resolución 0144-2018/CC3, la Comisión sancionó a Banbif con una multa ascendente a 50 UIT por infracción del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, considerando que había realizado un trato desigual, injustificado y basado en la edad de los consumidores, al impedir el acceso a los productos “Crédito MiVivienda” y “Crédito Hipotecario”.

La Comisión desestimó los cuestionamientos probatorios de Banbif resaltando los hechos verificados en la inspección descrita previamente. Luego de ello, la Comisión subrayó que la edad por sí sola no debía ser considerada como un criterio diferenciador en las condiciones de contratación, no habiéndose presentado documentación que acreditara que el impedir el acceso de las personas menores de 20 años y mayores de 70 años al producto denominado “Crédito MiVivienda”, y el de los menores de 21 y mayores de 70 años al producto “Crédito Hipotecario”, garantizara la protección de los intereses de sus ahorristas ni como la contratación con los referidos consumidores los ponía en riesgo.

Banbif apeló esta decisión, reiterando los mismos argumentos y señalando que los créditos hipotecarios tenían una naturaleza distinta a otros productos, pues estaban concebidos para adquirir inmuebles, su valor era elevado y tenían como vocación ser cancelados por los consumidores en un plazo que oscilaba entre los 15 y 20 años. Por ello, según Banbif, considerando la esperanza de vida en el Perú, era altamente probable que otorgar un crédito a una persona mayor de 70 años ocasionaría que el mismo quede impago

Mediante Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019, la Sala confirmó la decisión de la Comisión que halló responsable a Banbif por infracción del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. En respuesta a la apelación de Banbif, la Sala sustentó por qué utilizar únicamente la edad como criterio para otorgar un crédito era discriminatorio:

“59. Asumir que una persona a partir de los 70 años pierde automáticamente su capacidad de acceder a un crédito únicamente porque la edad que alcanza lo podría imposibilitar de pagar la deuda en el mediano o largo plazo, refleja que en este caso el Banco utiliza como único filtro la edad de los consumidores para evaluar a sus posibles clientes. En contraposición a ello, este Colegiado considera que una evaluación de este tipo necesariamente debe incluir determinar la real capacidad de asumir la deuda del consumidor en función de su patrimonio acumulado o ingresos, las posibilidades de garantizarlo a través de otros bienes muebles o inmuebles, la

opción de contar con un aval o la contratación de un seguro de desgravamen con características especiales, etc.

60. Reducir el análisis únicamente a la posibilidad de incumplimiento de pago por parte de los consumidores que se encuentran más cerca al rango promedio de vida de la población, es justamente excluir a este sector de los ciudadanos de la posibilidad de acceder a un crédito solamente por la edad que poseen sin atender a las múltiples y diversas formas de asegurar y garantizar el pago de una operación de financiamiento. En este punto, la Sala conviene precisar que no se afirma aquí que deba otorgarse en automático un crédito hipotecario a una persona mayor de 70 años, sino que debe brindársele la posibilidad de someterse al mismo tipo de evaluación que las personas que se encuentran por debajo de esa edad y que sí pueden acceder al crédito una vez determinada su real capacidad de endeudamiento, así como otros filtros objetivos que la entidad financiera pudiera considerar.


61. Asimismo, debe resaltarse que el argumento señalado en este punto por el Banco pierde validez al aplicarse a la restricción etaria para menores de 20 años, pues en ese caso, considerando que su expectativa de vida es mayor incluso que las personas de 30, 40 o 50 años; siguiendo el razonamiento planteado por la entidad financiera, podrían asumir con mayor razón un crédito a largo plazo. Evidentemente, esta lógica es errónea, puesto que la edad por sí sola no es un criterio que asegure el cumplimiento del pago de una deuda; debiendo analizarse la capacidad real de endeudamiento y los medios de garantizar el crédito otorgado.”

En consecuencia, la Sala ordenó a Banbif, como medidas correctivas, que (i) realizara una capacitación sobre prevención de discriminación en el consumo a sus trabajadores y (ii) cumpliera con colocar de forma permanente un cartel al interior de todos sus establecimientos abiertos al público, en un lugar visible y fácilmente accesible, que informara sobre la prohibición legal de discriminación en el consumo, así como el derecho del consumidor afectado de acudir al Indecopi. Asimismo, confirmó la multa de 50 UIT impuesta por la Comisión.

• **Investigación de oficio contra el Banco de Crédito del Perú (2018)**

Cabe resaltar que, mediante Resolución 3649-2019/SPC-INDECOPI del 23 de diciembre del 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi resolvió un caso muy similar al comentado líneas arriba. En este nuevo pronunciamiento, producto de otra investigación de oficio, la Sala encontró al Banco de Crédito del Perú responsable por discriminación en el consumo por edad, al haber establecido restricciones etarias para el acceso a algunos de sus productos. En tal sentido, le ordenó medidas correctivas similares al caso contra Banbif y le impuso una multa de 45 UIT, precisando que, si bien la multa debía ser mayor, ello no era posible debido a la prohibición legal de reforma en peor establecida por la Ley del Procedimiento Administrativo General [art. 256.3].



The background of the entire page is a solid yellow color. It is covered with a repeating pattern of stylized hands in various shades of yellow and orange. The hands are depicted in different orientations, some pointing up, some down, and some towards the center, creating a sense of movement and diversity.

V. JURISPRUDENCIA DEL INDECOPI SOBRE DISCRIMINACIÓN ÉTNICO-RACIAL EN LA PUBLICIDAD

/ V. Jurisprudencia del Indecopi sobre discriminación étnico-racial en la publicidad

La Ley de Represión de la Competencia Desleal sanciona a las empresas que realicen actos contra el principio de adecuación social, entre los cuales se encuentra la inducción a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (art. 18)

Si bien no se trata en estricto de un caso de discriminación en el consumo, consideramos importante incluir un reciente caso de discriminación étnico-racial en un anuncio publicitario sancionado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi, por estar estrechamente vinculado al tema materia del presente informe y constituir otra muestra del aporte del Indecopi en la lucha contra la discriminación.

• **Investigación de oficio contra Saga Falabella S.A. y Circus Gray S.A.C. (2018)**

La Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal inició de oficio un procedimiento en contra de Saga Falabella S.A. y Circus Grey S.A.C. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de adecuación social, conforme a lo establecido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal (artículo 18).

El motivo fue la difusión en redes sociales de un anuncio publicitario de Saga Falabella S.A. - de la cual Circus Grey S.A.C. era agencia publicitaria - el cual promocionaba la venta de colchones de la marca Drimer y que, según la referida Secretaría Técnica, contendría afirmaciones de índole discriminatoria por cuestiones de raza en contra de una mujer afrodescendiente.

En su defensa, Circus Grey S.A.C. negó el carácter discriminatorio del anuncio publicitario, alegando que señalar una persona tiene diferentes costumbres respecto de otra o que a pesar de ser diferentes serían súper amigas, bajo ningún punto de vista, podría conllevar a establecer que se trata de una afirmación que induce a cometer un acto de discriminación.

Mediante Resolución 107-2019/CCD-INDECOPI, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal se pronunció sobre el caso. Dicho órgano resolutivo describió la publicidad materia de la investigación en los siguientes términos:

“la Comisión advierte que, en la publicidad analizada, se presenta a la modelo caucásica como la protagonista del anuncio, siendo ésta quien desarrolla el discurso en el anuncio publicitario. Así, se aprecia que la referida modelo manifiesta que ha sido difícil para ella acostumbrarse a vivir con su compañera de habitación, pues tendrían “distintas costumbres”, (en dicho momento aparece la modelo afrodescendiente sin diálogo, quien estaciona su bicicleta en la habitación y sube a la cama, mientras

la protagonista limpia con la mano el colchón que ha sido tocado por la modelo afrodescendiente).

Seguidamente, la protagonista relata que le gusta que su habitación esté ordenada, pero sobre todo que su cama esté limpia y huela bien, por lo que adquirió un colchón que resultaba acorde con sus gustos y preferencias; esto es, uno que no absorbe malos olores (colchón con sistema intellifresh), atribuyendo esta forma de ser a sus “manías”, dirigiéndose al público diciendo lo siguiente: “No se lo digan a Valeria”. Finalmente, la protagonista del anuncio precisa que si bien ambas son “diferentes” son “súper amigas”.

Luego de analizar este anuncio, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal concluyó que era capaz de generar en los consumidores la percepción de que la modelo afrodescendiente se encontraba asociada a los estereotipos negativos que históricamente se pueden haber atribuido a dicho colectivo étnico, como son el desorden y el mal olor, induciendo a la realización de actos de discriminación por motivos de raza. En este punto, precisó que los actos de discriminación no necesariamente se podían expresar en actitudes violentas o evidentes, sino que se podían exteriorizar en pequeñas actitudes cotidianas o en prejuicios e ideas pre establecidas, contribuyendo a perennizar una situación de racismo soterrado o escondido, lo que lo hacía más dañino y permanente, por lo que dichos esquemas mentales debían ser desterrados de nuestra sociedad, siendo la publicidad una herramienta de vital importancia para lograr dicho fin.

En este punto, cabe destacar el importante aporte de la Dirección de Diversidad Cultural y Eliminación de la Discriminación Racial del Ministerio de Cultura a través del Oficio N° 115-2018/CCD del 14 de diciembre de 2018, el cual proporcionó elementos de juicio para que la referida Comisión llegara a esta conclusión, como precisiones sobre las nociones de prejuicio, discriminación y racismo

Por las consideraciones expuestas, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal declaró fundada las imputaciones hechas de oficio en contra de Saga Falabella S.A. y Circus Grey S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de adecuación social, supuesto establecido en el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En tal sentido, sancionó a ambas empresas con multas de 20 UIT para cada una. Asimismo, ordenó en calidad de medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio infractor y de cualquier otro similar, en la medida que pueda inducir a cometer actos de discriminación.

Es importante destacar que en este caso Saga Falabella S.A. anunció que no apelaría la multa impuesta⁸¹.

⁸¹ PERU 21. Saga Falabella anunció que no apelará multa que le impuso Indecopi por publicidad racista. Disponible en: <https://peru21.pe/economia/saga-falabella-apelara-multa-indecopi-publicidad-racista-nndc-492192-noticia/>



VI.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

/ VI. Conclusiones y recomendaciones

VI.1. Conclusiones

- Los órganos resolutivos del Indecopi han venido resolviendo los casos de discriminación en el consumo con un Enfoque de Derechos Humanos, es decir, partiendo de la premisa de que, si bien para la legislación peruana se trata de un asunto de Derecho del Consumidor, es a la vez una cuestión de Derechos Humanos, pues implica la lesión del derecho humano a la igualdad y no discriminación. Dicho enfoque ha tenido un impacto positivo, reflejado en:
 - o El fortalecimiento de las decisiones de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, que sancionan la discriminación en el consumo invocando tratados internacionales sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia emitida por sus respectivos tribunales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú
 - o El reconocimiento de la discapacidad, la orientación sexual y la identidad de género como categorías expresamente protegidas pese a que no son mencionadas expresamente por el Código de Protección y Defensa del Consumidor.
 - o La articulación con otras entidades estatales directamente vinculadas a la lucha contra la discriminación, a fin de desarrollar estrategias conjuntas, como el Consejo Nacional Contra la Discriminación.
- La Ley 27049 de 1998, que por primera vez estableció en el Perú de manera explícita la prohibición de discriminar a los consumidores, tuvo originalmente los siguientes fines:
 - o Combatir las prácticas racistas de discotecas limeñas que habían sido respaldadas por el Poder Judicial
 - o Fomentar la integración en el Perú, reconociéndolo como un país diverso étnicamente y pluricultural, conforme a la Constitución Política de 1993.
 - o Garantizar el funcionamiento de la economía de mercado establecida en el Perú por la Constitución Política de 1993, para lo cual era necesario un Estado de Derecho, el cual implica como principio fundamental no solo la libertad sino también la igualdad.
- La mayor precisión con la que la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha venido estableciendo las medidas correctivas referidas a la capacitación de los empleados, por ejemplo, especificando el tipo de trabajadores que debe ser involucrado en tal capacitación, constituye un avance pues mientras más claros sean los términos de dichas órdenes, más factible será su cumplimiento por parte de los proveedores en beneficio de los consumidores.

- Se han realizado avances en materia de lucha contra la discriminación en el consumo por orientación sexual e identidad de género, en tanto la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi ya estableció como criterio la sanción de la discriminación en el consumo por orientación sexual, en particular la modalidad de represión de manifestaciones de afecto de parejas, así como discriminación en el consumo por identidad de género, en particular la negativa de ingreso a establecimientos comerciales.
- Sin embargo, se han presentado denuncias declaradas infundadas contra bancos que se han negado a evaluar como sociedad conyugal al matrimonio o unión civil entre dos personas del mismo sexo realizado en el extranjero por la falta de inscripción en el Reniec, o a concretar operaciones financieras solicitadas por personas transgénero por la falta de coincidencia en los datos del DNI con la identidad de género de dichas personas, que revelan un problema de discriminación que trasciende el ámbito del consumo y es, más bien, propiciado por la falta de reconocimiento por parte del Estado, a través del Reniec, de dichas uniones homosexuales o de la posibilidad de que las personas transgénero adecuen su DNI a su identidad de género.

VI.2. Recomendaciones

- Que el Indecopi continúe abordando el problema de la discriminación en el consumo con un Enfoque de Derechos Humanos y le dé prioridad a la prevención promoviendo programas de cumplimiento, siendo un referente importante para tal efecto los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas.
- En materia probatoria, que la Sala Especializada en Protección al Consumidor tenga en cuenta los cuestionamientos a la exigencia de un plus probatorio, detallados en el presente informe, al momento de interpretar las reglas probatorias contenidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (art. 39) y definir si se va a exigir elementos adicionales para calificar un caso como discriminación agravada (esto es, declarar que se debió a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual o identidad de género u otros motivos similares, y por tanto corresponde una multa drástica) cuando el denunciante lo alegue y ya haya acreditado un trato diferenciado que el denunciado no pudo justificar.
- También en materia probatoria, que el Indecopi evalúe la pertinencia de elaborar lineamientos de inspecciones dirigido a los órganos resolutivos encargados de los casos de discriminación en el consumo, los cuales establezcan un protocolo en virtud del cual, cuando hayan indicios de un caso de discriminación en el consumo agravada (es decir, que responda a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual o identidad de género u otros motivos similares), las Secretarías Técnicas de las Comisiones con competencia en protección al consumidor realicen una inspección inmediatamente.

- En cuanto a las medidas correctivas, que los órganos resolutivos del Indecopi competentes para conocer casos de discriminación en el consumo tengan en cuenta los siguientes referentes al momento de establecer los términos de las medidas correctivas que ordenan la capacitación de los empleados:
 - o El Reglamento que promueve y regula la implementación de programas y productos de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial, aprobado por Decreto Supremo 185-2019-PCM, el cual, por ejemplo, precisa la noción de “involucramiento de los principales directivos de la empresa”.
 - o Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas, que aportan el concepto de diligencia debida y exhortan a “incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación”.
 - o La jurisprudencia del Indecopi en materia de libre competencia sobre medidas correctivas que ordenan la implementación de programas de cumplimiento, la cual, por ejemplo, define quiénes son las instituciones calificadas para realizar capacitaciones.
- Respecto de la graduación de la sanción, que el Indecopi evalúe proponer una modificación al Código de Protección y Defensa del Consumidor para que este establezca expresamente que se trata de una infracción grave o muy grave dependiendo del caso concreto, por lo que el monto de la multa podría ascender hasta 150 o 450 UIT, respectivamente, y que los supuestos de discriminación agravada, esto es, aquellos que responden a motivos étnico-raciales, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género u otros similares, tengan una multa base de 50 UIT, sobre la cual se pueden aplicar las circunstancias atenuantes y agravantes establecidas por dicho Código (art. 112) y sin perjuicio del tratamiento especial de las micro y pequeñas empresas (art. 110).
- Teniendo en cuenta que en los últimos cinco años la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi no ha tenido pronunciamientos donde sancione la discriminación étnico-racial en el consumo, el Indecopi debería evaluar la pertinencia de investigar si, en efecto, gracias al énfasis inicial que se le dio a las investigaciones de oficio sobre este tipo de discriminación se ha logrado disminuirla al menos en el ámbito del consumo a nivel nacional. De confirmarse lo anterior, quedaría demostrado que el sistema administrativo de lucha contra la discriminación étnico-racial en el consumo a cargo del Indecopi ha sido efectivo a nivel nacional y podría replicarse en otros ámbitos. Por el contrario, si, por ejemplo, se verifica que existen barreras de acceso a la justicia que impiden que los ciudadanos denuncien casos de discriminación étnico-racial ante el Indecopi, este podría concentrarse en solucionar dicho problema y fortalecer así la lucha contra la discriminación en el consumo en el ámbito de sus competencias.





VII.

BIBLIOGRAFÍA

/ VII Bibliografía

ARDITO, Wilfredo. La experiencia de la Mesa contra el Racismo. La discriminación en el Perú: Balance y desafíos. Universidad del Pacífico, 2012, Lima.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Diario de Debates de la 22ª sesión matinal correspondiente al martes 22 de diciembre de 1998, p. 2557-2559 y 3561.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica en relación con identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, con referencia al artículo 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

DELGADO CAPCHA, Rodrigo. La prueba de la discriminación prohibida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú. Actualidad Jurídica N° 288, Noviembre de 2017, Lima, p.191 – 203.

ESPINOZA, Juan A. Derecho de los Consumidores. Editorial Rodhas, 2012, Lima.

INDECOPI. II Encuesta Nacional Urbana en Materia de Protección del Consumidor. Encuesta realizada por Ipsos Perú. 2019

INDECOPI. Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito. Jurisprudencia del INDECOPI. Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor. Investigación a cargo de Leoni Raúl Amaya Ayala. 2015. Disponible en <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminaci%C3%B3n+en+el+Per%C3%BA/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094>

INDECOPI. Proyecto de Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia. Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi. Setiembre de 2019. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2962929/Gu%C3%ADa+de+Programa+de+Cumplimiento/>

MINISTERIO DE CULTURA. I Encuesta Nacional sobre Diversidad Cultural y Discriminación. Encuesta realizada por Ipsos Perú. 2018. Disponible en: <https://www.ipsos.com/es-pe/resultados-de-la-i-encuesta-nacional-sobre-diversidad-cultural-y-discriminacion>

NACIONES UNIDAS. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. 2011, Nueva York - Ginebra.

NACIONES UNIDAS. The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide. 2012, Nueva York - Ginebra.

ZELADA, Carlos J. Ironía probatoria: Los estándares de prueba utilizados por INDECOPI en casos de discriminación por orientación sexual e identidad de género (1999-2019). Ponencia presentada en la edición XXXVII del Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Lationamericanos (LASA), 24-27 de mayo de 2019, Boston (Estados Unidos).



VIII.

ANEXOS

Principales casos de discriminación en el consumo resueltos por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi (2015 - 2019)

Tipo de discriminación agravada	Conducta denunciada	Resolución de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi	Decisión	Medidas correctivas	Multa
Discriminación en el consumo por discapacidad	Negativa de afiliar a menor de edad con Trastorno del Espectro Autista a plan de salud familiar	3241-2016/SPC-INDECOPI del 6 de setiembre del 2016	Fundada	(i) Devolver los pagos realizados a cuenta; (ii) a elección de los denunciantes, atender solicitud de afiliación y (iii) abstenerse de discriminar en el futuro	50 UIT
Discriminación en el consumo por discapacidad	Negativa de afiliar a hijo con Síndrome de Down a plan de salud familiar	5016-2016/SPC-INDECOPI del 26 de diciembre del 2016	Fundada	(i) Atender solicitud de afiliación y (ii) abstenerse de discriminar en el futuro	50 UIT
Discriminación en el consumo por discapacidad	Negativa de afiliar a persona con Paraplejía Espática a un seguro de desgravamen	2145-2018/SPC-INDECOPI del 22 de agosto del 2018	Fundada	Evaluar la solicitud de afiliación	20 UIT precisando que si bien correspondía imponer una multa mayor, ello no era posible debido a la prohibición legal de reforma en peor
Discriminación en el consumo por discapacidad	Negativa de colegio a inscribir a hijo menor de edad y con discapacidad en el ciclo escolar anual	1818-2019/SPC-INDECOPI del 5 de julio del 2019	Fundada	(i) Devolver monto pagado por ciclo de verano; (ii) cesar prácticas discriminatorias y (iii) capacitar a personal	2 UIT
Discriminación en el consumo por discapacidad	Colegio condicionó matrícula de menor de edad con Síndrome de Asperger	2059-2019/SPC-INDECOPI del 31 de julio del 2019	Fundada	No hubo	4 UIT
Discriminación en el consumo por género	Restaurante entregaba cartas azules con precio a los hombres y cartas amarillas sin precio a las mujeres	2758-2019/SPC-INDECOPI del 4 de octubre del 2019	Fundada	(i) Cesar prácticas discriminatorias; (ii) colocar un cartel contra la discriminación al interior de su establecimiento; y (iii) capacitar a personal	50 UIT
Discriminación en el consumo por orientación sexual	Centro comercial reprimió manifestaciones de afecto de una pareja de hombres	3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre del 2015	Fundada	Capacitar a personal	8 UIT
Discriminación en el consumo por orientación sexual	Discoteca reprimió manifestaciones de afecto de una pareja de hombres	3167-2017/SPC-INDECOPI del 6 de noviembre del 2017	Fundada	Cesar prácticas discriminatorias	50 UIT
Discriminación en el consumo por orientación sexual e identidad de género	Hospedaje negó habitación a persona y acompañante por considerar que se trataba de dos hombres	2129-2018/SPC-INDECOPI del 20 de agosto del 2018	Fundada	(i) colocar un cartel contra la discriminación en la parte exterior de establecimiento; y (ii) capacitar a personal	25 UIT
Discriminación en el consumo por orientación sexual	Hospedaje negó habitación a pareja de mujeres	2880-2019/SPC-INDECOPI del 16 de octubre del 2019	Fundada	(i) en adelante, permitir el ingreso de consumidores sin establecer restricciones basadas en la orientación sexual; (ii) colocar cartel contra la discriminación en el establecimiento; y (iii) capacitar a personal	Sala anuló multa de 2 UIT impuesta por la Comisión, ordenándole que vuelva a graduar la sanción
Discriminación en el consumo por orientación sexual	Negativa de entidad financiera a evaluar crediticiamente como sociedad conyugal a unión civil entre dos hombres celebrada en el extranjero	1228-2019/SPC-INDECOPI del 13 de mayo del 2019	Infundada		

Principales casos de discriminación en el consumo resueltos por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi (2015 - 2019)

Tipo de discriminación agravada	Conducta denunciada	Resolución de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi	Decisión	Medidas correctivas	Multa
Discriminación en el consumo por identidad de género	Discoteca impidió el ingreso de mujer transgénero aumentándole el costo de la entrada	1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril del 2014	Fundada	(i) enviar carta de disculpas; (ii) colocar cartel contra la discriminación en la página web y en la entrada del establecimiento; (iii) capacitar a personal y (iv) cese de prácticas discriminatorias	50 UIT
Discriminación en el consumo por identidad de género	Establecimiento comercial negó el ingreso a persona transgénero (femenina)	628-2018/SPC-INDECOPI del 26 de marzo del 2018	Fundada	(i) colocar un cartel contra la discriminación en la entrada del establecimiento; y (ii) capacitar a personal	10 UIT precisando que si bien correspondía imponer una multa mayor, ello no era posible debido a la prohibición legal de reforma en peor
Discriminación en el consumo por identidad de género	Discoteca negó el ingreso a persona transgénero (femenina)	1539-2018/SPC-INDECOPI del 22 de junio del 2018	Fundada	(i) colocar un cartel en la parte exterior del establecimiento contra la discriminación; y (ii) capacitar a personal	5 UIT precisando que si bien correspondía imponer una multa mayor, ello no era posible debido a la prohibición legal de reforma en peor
Discriminación en el consumo por identidad de género	Discoteca negó el ingreso a persona transgénero (femenina)	534-2019/SPC-INDECOPI del 27 de febrero del 2019	Fundada	(i) colocar un cartel contra la discriminación en la parte exterior del establecimiento; y (ii) capacitar a personal	25 UIT precisando que si bien correspondía imponer una multa mayor, ello no era posible debido a la prohibición legal de reforma en peor
Discriminación en el consumo por identidad de género	Banco se negó a autorizar solicitud de disposición de efectivo de mujer transgénero que era su cliente por falta de correspondencia entre apariencia y foto de DNI	1662-2017/SPC-INDECOPI del 9 de mayo del 2017	Infundada		
Discriminación en el consumo por identidad de género	Banco se negó a autorizar solicitud de bloqueo de tarjeta de mujer transgénero que era su cliente por falta de correspondencia entre su voz y el sexo indicado en el DNI [atención por teléfono]	239-2017/SPC-INDECOPI del 17 de enero del 2017	Infundada		
Discriminación en el consumo por edad	Banco restringió acceso de personas menores de 20 años o mayores de 70 años a dos de sus productos crediticios	2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019	Fundada	(i) colocar un cartel contra la discriminación dentro de todo sus establecimientos; y (ii) capacitar a personal	50 UIT
Discriminación en el consumo por edad	Banco estableció restricciones etarias para el acceso a algunos de sus productos	3649-2019/SPC-INDECOPI del 23 de diciembre del 2019	Fundada	(i) colocar un cartel contra la discriminación dentro de todos sus establecimientos; y (ii) capacitar a personal	45 UIT precisando que si bien correspondía imponer una multa mayor, ello no era posible debido a la prohibición legal de reforma en peor



#IndecopiDigital



Radio 
Indecopi

www.indecopi.gob.pe/radio



AUTORIDAD NACIONAL
de Protección del Consumidor

www.indecopi.gob.pe / www.consumidor.gob.pe