

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al
Consumidor

Entre el deber de idoneidad y la discriminación en el
consumo: Análisis de la Resolución 2758-2019/SPC-
INDECOPI

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

Autor:

Valeria Liz Ramirez Camana

Asesor:

Karin Paola Manzur Filomeno

Lima, 2023

Informe de Similitud

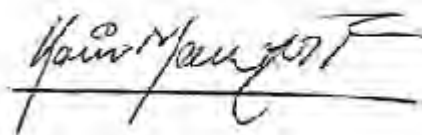
Yo, MANZUR FILOMENO, KARIN PAOLA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado "Entre el deber de idoneidad y la discriminación en el consumo: Análisis de la Resolución 2758-2019/SPC-INDECOPÍ", del autor(a) RAMIREZ CAMANA, VALERIA LIZ, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 23%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2023.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 21 de febrero del 2024

MANZUR FILOMENO, KARIN PAOLA	
DNI: 10274893	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9884-4273	

RESUMEN

En el marco del surgimiento o consolidación de tendencias sociales y su inevitable influencia en diversos sectores, como en las dinámicas comerciales; el presente artículo, pretende exponer uno de los escenarios controvertidos, propios de este contexto, en el ámbito del derecho de protección al consumidor; por lo cual, mediante el análisis de la Resolución N.º 2758-2019/SPC-INDECOPI, se evaluará la problemática surgida a partir de la confrontación de una estrategia comercial tradicional -en el sector de la industria de restaurantes-, frente a los nuevos preceptos sociales referentes a la conceptualización actual de la imagen y rol de la mujer en la sociedad.

Asimismo, como parte del análisis de realizarse, se profundizará sobre los alcances y finalidad de las figuras jurídicas de discriminación en el consumo, así como en torno al deber de idoneidad, las cuales devienen en relevantes a efectos de evaluar y/o cuestionar un posible tipo infractor, así como la graduación de la sanción respecto del caso en cuestión.

Palabras clave: *Derecho de protección al Consumidor – Discriminación – Deber de Idoneidad – Relación de consumo – Estrategias comerciales*

ABSTRACT

In the context of the emergence or consolidation of social trends and their inevitable influence on various sectors, such as commercial dynamics; this article aims to expose one of the controversial scenarios, typical of this context, in the field of consumer protection law; therefore, through the analysis of Resolution No. 2758-2019/SPC-INDECOPI, the problems arising from the confrontation of a traditional commercial strategy - in the restaurant industry sector - against the new social precepts referring to the new conceptualization of the image and role of women in society will be evaluated.

Likewise, as part of the analysis, the scope and purpose of the legal figures of consumers protection from discrimination, as well as the duty of suitability, which become relevant for the purpose of evaluating and/or questioning a possible administrative infraction, as well as the ideal penalizing will be studied in depth.

Keywords: *Consumer protection law – Discrimination – service suitability – Consumer relationship – Commercial Strategies*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. ESTRATEGIAS COMERCIALES EN LAS RELACIONES DE CONSUMO	2
2.1. EFICIENCIA ECONÓMICA: MERCADO NACIONAL E INTERNACIONAL.....	2
2.2. LÍMITES EN LAS ESTRATEGIAS COMERCIALES	4
3. RELACIÓN ENTRE INFRACCIÓN POR IDONEIDAD Y DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.....	5
3.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL. 6	
3.2. APLICACIÓN EN EL CASO: DETERMINACIÓN DEL ACTO INFRACTOR.....	10
4. ANÁLISIS DE LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN Y MEDIDAS CORRECTIVAS.....	13
4.1. CUESTIONAMIENTO DE LA MULTA APLICADA.....	13
4.2. CUESTIONAMIENTO DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS	16
5. CONCLUSIONES	17
6. BIBLIOGRAFÍA.....	19

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, a raíz de las nuevas tendencias sociales, diversos negocios han adecuado sus servicios y/o productos acorde a aquellos nuevos valores o concepciones a efectos de mejorar su visibilidad y ganar la preferencia de los consumidores; no obstante, y como parte de todo mercado variado y dinámico, aún existen ciertas empresas que, impulsadas por su trascendencia y notoriedad comercial, mantienen ciertas estrategias o políticas internas consideradas como “tradicionales” en sus respectivas industrias, lo cual, si bien puede ser objeto de un reconocimiento positivo por diversos agentes económicos, también ha sido objeto de debate, en especial, en materia de protección al consumidor.

Un claro ejemplo de ello, es el polémico caso “Rosa Náutica vs la Asociación de Consumidores Indignados Perú – ACIP”, cuya resolución N.º 2758-2019/SPC-INDECOPI, generó diversas posturas acerca del desarrollo realizado por la Sala, en torno a si el empleo de “cartas diferenciadas” constituyó o no un acto de discriminación; por ello, el presente trabajo pretende analizar brevemente la referida Resolución, abordando no solo aspectos relevantes del sector comercial aludido, sino que también, presentando otra alternativa jurídica acorde a los hechos descritos en la denuncia; lo cual además, permitirá exponer la relación entre las figuras de los actos infractores por cuestión de idoneidad y discriminación en el consumo.

2. ESTRATEGIAS COMERCIALES EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

2.1. EFICIENCIA ECONÓMICA: MERCADO NACIONAL E INTERNACIONAL

En el Perú, uno de los sectores comerciales más competitivos que alberga es la industria de restaurantes, el cual inclusive, según estadísticas del INEI (2023), reporta un crecimiento del 9,16%, con un aumento del 7,65% en sus actividades respectivas, ello debido a diferentes factores (Gaud, Gerwig, Del Águila, Rouneau y Patrat 2022:22), entre los que destacan: el crecimiento económico, la relevancia gastronómica de la cocina peruana y por la afluencia de turistas en el territorio nacional.

En este contexto, las empresas dedicadas a este rubro han implementado diversas estrategias para obtener la preferencia del consumidor, siendo una ellas la de “desplegar una imagen favorable del restaurante a base un concepto único (Basri, Ahmad, Anuar e Ismail 2016:327)”, la cual sumada a factores como un entorno físico agradable, la calidad del servicio y la atención personalizada, conllevan a obtener cierto grado de fidelización o reconocimiento dentro del sector comercial.

Frente a este escenario, muchos restaurantes, aprovechando la arquitectura de sus instalaciones y/o su localización privilegiada, han adoptado el carácter de “ambiente romántico” y ello, justamente resulta ser uno de los atributos más destacados de la parte denunciada en el caso a analizar, es decir, el restaurante la Rosa Náutica. Este agente económico, ampliamente conocido en el sector, desde su inauguración en 1983, ha implementado esta temática, motivo por el cual se ha hecho acreedor de diversos titulares y reportajes en donde reiteradamente es catalogado como “el restaurante más romántico de Lima (EL COMERCIO 2023)”.

Ahora bien, como parte de esta temática de “ambiente romántico”, la denunciada ha implementado el uso de “cartas diferenciadas” en su atención a los comensales, hecho que, según lo expresado en los escritos ambas partes, se dio bajo un escenario de “parejas” y no de manera generalizada como se da a

entender en el desarrollo de la Sala Especializada en Protección al consumidor (en adelante “la Sala”).

Al respecto, debemos señalar que el uso de cartas diferenciadas constituye una estrategia comercial ampliamente utilizada en el sector y no solo a nivel nacional, sino que también a nivel internacional (Frost 2018), como en el caso de los famosos restaurantes L’Orangerie, en Los Ángeles (Estados Unidos), Le Gavroche en Londres (Inglaterra), Le Cinq en París (Francia), entre otros. Por tanto, queda en evidencia que la estrategia comercial es bastante reiterada en la industria, justamente en razón de su diferencial en la atención, lo cual, otorga un atractivo en el servicio ofrecido, lo que para el consumidor se convierte en un elemento de gran influencia en su nivel de satisfacción, en torno a esta búsqueda de “experiencia gastronómica de alta calidad (Basri, Ahmad, Anuar e Ismail 2016:327)”; toda vez que, el modelo de negocio adoptado por la denunciada, al igual que en los otros restaurantes señalados, van más allá de un servicio exclusivamente gastronómico, puesto que buscan ofrecer una experiencia en el consumo.

Sin perjuicio de ello, un aspecto que no queda del todo claro en el caso es si la estrategia de las “cartas diferenciadas” es aplicada a manera de política del “invitado o invitada” o si más bien se inclina hacia la figura de “ladies menu”, siendo la cuestión diferencial entre ambas la existencia de conocimiento y voluntad en el consumidor en torno a querer recibir aquel tipo de servicio, mientras que en la otra, estrictamente adherida a un factor sexual en específico, se aplica aquel trato de manera automática y sin voluntad por parte del comensal de recibir aquella forma de atención. Cabe mencionar que, por el tenor del caso, pareciera de primer momento encontrarse reflejado en la segunda figura; no obstante, ello será desarrollado más adelante.

2.2. LÍMITES EN LAS ESTRATEGIAS COMERCIALES

Es preciso señalar que, si bien como parte de una economía social de mercado, se incentiva al privado a desarrollarse comercialmente y en la forma en que este estime pertinente, su desenvolvimiento debe encontrarse necesariamente acorde con los márgenes legales instaurados, ello en aras de lograr un mercado eficiente, maduro y en respeto de los derechos de sus diversos agentes económicos.

En razón de ello, podemos mencionar que si bien los diversos agentes competidores cuentan con los derechos de libre iniciativa privada (Art. 58 de la Const.) y libertad empresarial (Art. 59 de la Const.), estos deben ser ejercidos en consonancia con el marco legal y, especialmente, en armonía con los derechos de los y las consumidoras, cuya actuación será trascendental en la estructura del mercado, ya que, sobre la base de su decisión de consumo se premiará o castigará las diversas iniciativas comerciales.

Frente a ello, para el caso analizado, nos encontraremos de primer momento frente a una limitante amparada en la protección de derechos fundamentales, en relación a la protección al consumidor (Art. 65 de la Const.), bajo su vertiente de acceso a la información relevante en condiciones de igualdad; toda vez que, el acto cuestionado, según la denunciante, se encontraría impidiendo a las comensales mujeres del restaurante de poder acceder plenamente a la información de los precios de los platillos ofertados, al recibir una carta, condicionada a un factor inherente de carácter sexual, la cual, no contenía dicha información; lo que también, colisionaría con ciertos valores actuales, propios de una corriente social inspirada en la reivindicación de los derechos de la mujer frente a actos que promueven sesgos y estereotipos sociales.

Sin perjuicio de lo anterior, deviene en importante señalar que si bien toda actuación de la administración, encaminada a regular ciertos sectores de su competencia en aras de “adecuarse a los nuevos tiempos es bastante saludable (Lindley 2019)”, aquel acoplamiento a las tendencias actuales debería darse de manera gradual, o en cuyo caso, en cumplimiento de las disposiciones legales.

Sobre ello, cabe señalar que, si bien la administración debe velar por el interés del consumidor, el cual, normalmente se encuentra en una posición desventaja en cuanto a información y negociación en sus respectivas relaciones de consumo, ello no significa que adopte una posición en desmedro de los derechos del proveedor, en especial, si la conducta de este se encuentra amparada en la normativa y en la misma estructura actual mercado; ya que, caso contrario, se estaría actuando en desmedro del principio de predictibilidad, y, en especial, de la confianza legítima depositada por este agente en torno a una correcta actuación de la administración.

3. RELACIÓN ENTRE INFRACCIÓN POR IDONEIDAD Y DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

A partir del caso analizado, un aspecto relevante y de perceptible cuestionamiento, gira en torno a la calificación del tipo infractor, toda vez que, sobre la base de los hechos descritos en la denuncia y en atención al principio de *primacía de la realidad*, la controversia suscitada no terminaría por constituir un hecho sancionable por discriminación en el consumo, puesto que no se cumple con acreditar el principal elemento de la figura, referido a la limitación del goce o acceso al servicio ofertado, sin que exista una justificación razonable detrás.

En este contexto, si bien el tipo infractor a analizar no se encontraría bajo la figura de la discriminación en el consumo -tal y como se expondrá más adelante-, conviene cuestionar, bajo el escenario de que el servicio prestado por la denunciada si haya resultado lesivo o desfavorable para el consumidor, si nos encontraríamos frente a un acto contrario al principio de idoneidad; en especial, si tenemos en consideración la gran aproximación que tienen ambas figuras respecto de su estructura de tipificación.

3.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Tras el emotivo discurso del ex presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, en 1962 en torno al rol de los consumidores en el desarrollo económico, así como con la declaración del “Día mundial de los Derechos del Consumidor”, celebrado por primera vez en 1983; en el Perú, la normativa en materia de protección al consumidor, encuentra su “origen propiamente dicho en el D.S. 036-83-JUS de 1983 (Araujo 2000)”, es decir, con posterioridad al proceso de industrialización de la actividad económica -propiciado durante el gobierno militar-, el cual se encontraba impulsado por la necesidad de la organización económica de aquella época, vinculada a la búsqueda de un mercado en donde se privilegie la leal competencia en beneficio del consumidor.

En este contexto, si bien al consumidor ya se le reconocen ciertos derechos, a manera de salvaguardar su actuación en el mercado, en especial respecto a la desigualdad de poder frente al proveedor -quien naturalmente ostenta una posición superior en materia económica, informativa y de negociación-; cabe reconocer que esta protección brindada se da a manera general, ya que si bien se le reconoce una normativa que permite su defensa, la misma no regula situaciones particulares, de necesaria observancia, a efectos de propiciar un verdadero impacto económico-social, que denote o visibilice la problemática de manera que se busque su detección y posterior sanción. Un claro ejemplo de ello y que será parte fundamental de nuestro análisis, es el caso de la discriminación en el consumo, la cual, no se encontraba regulada en las primeras versiones de la normativa referente al derecho de protección al consumidor.

Al respecto, cabe señalar que, en el antecedente de nuestro código de consumo actual, es decir, el ya derogado Decreto Legislativo 716 (“Ley de Protección al Consumidor”), la prohibición de la discriminación en el consumo “recién apareció tras una modificación de la referida normativa en 1998, siendo así este “el principal antecedente de la referida figura jurídica (Díaz 2022:142)”; lo cual, significó un cambio relevante, ya que, anterior a ello, la autoridad administrativa al no poseer una normativa específica que regule los actos discriminatorios,

trataban de acoplar y sancionar aquellos casos a través de su calificación como infracción al deber de idoneidad, lo cual, fue bastante empleado en los casos de discriminación en el sector de discotecas, a inicios de los años 90.

Ahora bien, como podemos observar esta vinculación entre ambas figuras data desde los cimientos normativos de la propia regulación de la materia y, es que en el fondo, ambas presentan un objeto jurídico destinado a la prohibición de que el servicio o producto ofertado, el cual el consumidor desea adquirir o ha adquirido, sea proporcionado de manera concordante con su respectiva función o en correspondencia con la misma dinámica comercial del momento, es decir, que el consumidor vea satisfecha su decisión de consumo bajo los usos y costumbres del respectivo sector comercial, bajo un estándar razonable, a partir de las máximas de experiencia que se tiene sobre el producto y/o servicio en cuestión.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien los objetos jurídicos de ambas figuras persiguen que el servicio y/o producto brindado al consumidor sea eficiente -y, por tanto, correspondiente a su funcionalidad-, ambas se diferencian respecto de aquella conducta que buscan reprimir, así como el posterior impacto socio-económico que se pretende generar. Sobre ello, respecto al deber de idoneidad (Art. 18 del Cód. de Consumo), la Sala¹ ha señalado lo siguiente:

“[...], los proveedores tienen el deber de brindar los productos y servicios ofrecidos **en las condiciones acordadas o en las condiciones que resulten previsibles, atendiendo a la naturaleza y circunstancias que rodean la adquisición del producto o la prestación del servicio, así como la normatividad que rige su prestación**”. **(El resaltado es nuestro)**.

En atención a lo anterior, podemos señalar que el deber de idoneidad gira en torno a esta correlación entre la expectativa del consumidor y lo que finalmente recibe, bajo la óptica de que aquella expectativa debe ser razonable, acorde para los “fines y usos previsibles para los cuales, normalmente se adquiere dicho producto o servicio en el mercado (Rodríguez 2014:304)”.

¹ Resolución 0002-2023/SPC-INDECOPI del 3 de enero de 2023.

Por otro lado, respecto de la discriminación en el consumo (Art. 38 del Cód. de Consumo), la Sala² ha manifestado lo siguiente:

“[...] el cumplimiento del deber establecido en el artículo 38° del Código busca proteger el derecho de los **consumidores a que se les brinde servicios o se les proporcione productos sin tratos desiguales**, más allá de las condiciones que objetivamente resulten necesarias para el cabal cumplimiento de las prestaciones a cargo del proveedor. Así, la prohibición de discriminación en el consumo prevista en el Código **sanciona el comportamiento del proveedor dirigido a negar, diferir o limitar el acceso de bienes y servicios a los consumidores, [...]**”. (El resaltado es nuestro).

En ese sentido, para encontrarnos frente a un acto de discriminación en el consumo debemos advertir la existencia de dos elementos: i) que el consumidor, bajo un escenario de igualdad, sea tratado de manera diferente a las demás personas y, además, ii) aquel trato no debe encontrarse amparado en cuestiones objetivas y justificables. Sumado a ello, parte de la doctrina, como el profesor Higa (2019), considera que también subsiste en aquel acto un carácter de “trato denigratorio” orientada a una condición inherente o personal del consumidor, lo cual genera una inevitable afectación a su dignidad.

Frente a ello, podemos señalar que, si bien ambas figuras parten de la lógica de prohibir conductas que afecten que al consumidor en cuanto a recibir un servicio o producto en óptimas condiciones o dentro de un estándar de igualdad; encuentran su diferencia sustancial en su propia naturaleza jurídica, toda vez que, mientras el deber de idoneidad, persigue que el consumidor no se vea afectado por la prestación de un servicio o producto deficiente, cuya infracción se configura de manera automática con la sola realización de un acto a manera distinta su funcionalidad o su normal desenvolvimiento según las máximas de experiencia en su respectivo sector comercial, lo cual deberá ser demostrado por el presunto afectado; en el caso de la discriminación en el consumo, la situación es totalmente diferente, puesto que, acá advertimos un fin social dentro del mercado, debido a que, no solo se persigue que la persona no reciba un trato desigual, sino que, además, se reprime que el acto en cuestión se encuentre fundado en una motivación dirigida a perpetuar estereotipos sociales, sobre la base de una condición personal.

² Resolución 0735-2022/SPC-INDECOPI del 12 de abril de 2022.

Cabe señalar que, en la actualidad, como parte del concepto de discriminación en el consumo no solo se considerará a las motivaciones históricamente reprochables, como por cuestión de raza, sexo, religión, entre otras; sino que también, todo aquel trato diferenciado que no encuentre una justificación objetiva detrás, ya que, de aquella manera, se permite reprimir conductas que quizás al día de hoy no sean consideradas como una motivación prohibida, pero que, con motivo de las nuevas tendencias globales puedan ser consideradas como tal, en un futuro cercano. De esta manera, la Sala suprime el concepto de “trato diferenciado ilícito”, para solo poseer un único tipo infractor bajo el escenario descrito, tal y como expresó en uno de sus fundamentos³:

“27.[...] la Sala establece un cambio de criterio en relación al modo en el que deben analizarse las conductas donde exista un **trato desigual que no se encuentre justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastará para configurar un acto discriminatorio**, debiendo imputarse dichas acciones del proveedor, independientemente de la causa que origine el trato desigual, como una infracción a la prohibición de discriminación en el consumo [...].

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, [...]** (El resaltado es nuestro).

Asimismo, en el caso de la discriminación en el consumo, a diferencia del deber idoneidad, la carga de prueba tendrá dos fases (Art. 39 del Cód. de Consumo), toda vez que, inicialmente, solo le corresponderá al consumidor demostrar la existencia de un trato desigual para que luego, este deber se vea invertido y corresponda ahora al proveedor demostrar que aquella diferenciación se encuentra amparada en una razón objetiva.

Por tanto, si bien ambas figuras buscan un correcto trato hacia el consumidor, respecto a la realización y posterior prestación del servicio o producto adquirido, la diferencia sustancial radica en el objeto jurídico que persiguen; toda vez que, mientras el deber de idoneidad presenta una protección más amplia y vinculada al interés, principalmente, de carácter económico del consumidor; en el caso de

³ Resolución 2025-2019/SPC-INDECIPI del 24 de julio de 2019.

la discriminación en el consumo, la protección se da de modo más concreto, bajo un escenario específico, cuya defensa del consumidor se sitúa en un ámbito social-económico, debido a su repercusión en torno a un cuestión inherente de la persona o propia de su dignidad como ser humano.

3.2. APLICACIÓN EN EL CASO: DETERMINACIÓN DEL ACTO INFRACTOR

En atención a lo anterior, para el caso en concreto, al constituir el trato desigual a analizar un servicio como parte de una estrategia comercial propiamente dicha, el enfoque de la evaluación debe centrarse en dos aspectos principales: I) si el acto en cuestión impide o limita el goce del consumidor respecto del servicio esperado y, de ser el caso, II) si el acto encuentra su base en una razón objetiva.

Al respecto, es importante señalar que el acto de proporcionar cartas diferenciadas no constituye por sí solo un trato que limite o impida a las consumidoras a acceder plenamente a la información de los precios de los platillos ofertados; ya que, existen diversos medios y/o elementos que permiten el conocimiento de aquel dato, como que el restaurante, de conformidad con el artículo 4 del Código de Consumo, contaba con una lista de precios afuera de su establecimiento, que por su notoriedad en el sector, sin mucha dificultad se podía encontrar aquel dato en las redes sociales del mismo agente o por *reviews* o entrevistas de terceros y, finalmente, que las consumidoras en una actuación activa y propia de la lógica común ante el contexto denotado, podían requerir la carta de precios al personal del recinto o solicitar a su acompañante que se la compartiera.

Asimismo, es importante mencionar que, si bien la normativa exige cierto comportamiento por parte del proveedor, ello tampoco significa el consumidor “tiene ganado un derecho a la pasividad (Ossola 2017:262)”, puesto que de su comportamiento diligente dependerá el avance del mercado, ya que, a partir de una conducta racional y responsable, los consumidores tienen la capacidad de “influir de manera importante en la oferta de productos y servicios en el mercado, de manera que estos se adecuen a sus necesidades (Cavero 2016:37)”.

Ahora bien, respecto del argumento señalado por la Sala, en torno a la necesidad de que las consumidoras “realizaran actos adicionales para poder acceder a la información de los precios”, lo cual presuntamente las posicionaba en una situación desigualdad frente a los demás comensales; conviene señalar que, aquella estrategia no conlleva un factor de carácter lesivo detrás, referente a una condición inherente de la persona, en este caso por cuestión de sexo; toda vez que, el uso de las cartas diferenciadas, según lo alegado por la parte denunciada, no poseían un destinatario en específico, por lo cual, tanto el hombre como la mujer podían recibir cualquiera de las dos cartas, en atención a la coyuntura del momento.

Sobre ello, partiendo de la propia dinámica del mercado, en el sector de restaurantes es bastante empleada la estrategia del “invitado o invitada”, persona a la cual, su contraparte busca brindarle una experiencia de agasajo, y/o disfrute particular, motivo por el que, adquiere o busca adquirir un servicio en el cual, se le brinde una atención personalizada, sin la necesidad de generar alguna preocupación o posible incomodidad por la cuestión del precio y del posterior pago por el servicio recibido.

Por el contrario, una práctica que, en atención a los valores actuales, ya está quedando desfasada es aquella conocida como “*ladies menú*”, que como bien se expone el caso de BICK VS. L'ORANGERIE (Frost 2018), consistía en una política comercial orientada a emplear cartas diferencias, en atención exclusiva al sexo de la persona -es decir, bajo ningún supuesto dentro de este tipo de práctica comercial, se contemplaba la posibilidad de que la mujer pueda o deba ser la persona económicamente responsable de pagar por el servicio prestado, ello en atención a la concepción estereotipada que se tenía sobre la imagen de la mujer-, motivo por el cual, a la comensal femenina no se le entregaba la carta con los precios, siendo esto último una directriz propia del recinto, de la cual, el personal se encontraba instruido y en la obligación de seguir.

En virtud de ello, la misma estructura del negocio de la Rosa Náutica nos lleva a considerar que el acto realizado, no constituye un “*ladies menú*”, sino más bien se orienta a la práctica del “invitado o invitada”, y que ello, forma parte de uno de

sus múltiples servicios, puesto que, como bien se da a conocer públicamente el restaurante, por medio de diversas plataformas, su principal actividad radica en brindar una “experiencia gastronómica”, motivo por el cual, su atención se orienta a un público general, los cuales acuden a su recinto bajo diversos contextos como uno de pareja, familiar, laboral, de celebración, entre otros.

Frente a ello, difícilmente podríamos considerar que dicha práctica se aplica de manera generalizada y no en situaciones concretas donde el consumidor haya solicitado expresamente su intención de recibir aquel tipo de servicio en particular, siguiendo la política del “invitado o invitada”. Y ello, es algo que la denunciada expuso en uno de sus escritos, donde alegó que las cartas en concreto no tenían una asignación en específico, motivo por el cual, la carta que no contenía la información de los precios (la carta amarilla), no estaba exclusivamente dirigida a la comensal mujer.

Por tanto, al no encontrarse en los hechos presentados, que el acto de las cartas diferenciadas conlleve en estricto alguna forma de impedir el disfrute del consumidor en torno al servicio solicitado, y que, como dato adicional, el mismo no se enmarque en una circunstancia de lesión a la persona en cuanto a su dignidad; podemos advertir que nos encontramos frente a una situación que no calificaría como infracción por cuestión de discriminación en el consumo.

En ese sentido, la Rosa Náutica debió presentar mayores elementos probatorios que acreditaran la falta de asignación específica respecto del empleo de las cartas diferenciadas, ya que, bajo ese contexto, quedaba en evidencia que el trato diferencial se daba en función de una política tradicional del “invitado o invitada”, la cual se proporcionaba en base la voluntad e interés del consumidor por recibirla, con lo que, quedaba descartada la figura de la discriminación.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de que, en una situación en particular acontezca aquel acto sin presentarse antes la voluntad del consumidor o que se haya puesto a su conocimiento sobre aquella forma de atención, como el que alega la asociación al momento de tomar conocimiento del trato diferenciado -en donde uno de sus asociados reportó el acto, toda vez que, al acudir al

restaurante en compañía de su familia, su madre y su hermana recibieron la controvertida carta sin precios-; en ese contexto en específico, si podría existir una afectación a los derechos del consumidor, que no necesariamente serían mujeres, sino que también podrían ser hombres; toda vez que, el servicio brindado no se realizó en concordancia con lo esperado por el consumidor, que en este caso es el recibir una carta con los precios de los platillos.

Bajo ese escenario en concreto, consideramos que según los hechos descritos si podría existir una afectación, pero por cuestión de infracción al deber de idoneidad, toda vez que, si bien se puede acceder al servicio, el mismo se realiza de una manera “entorpecida” o diferente al flujo habitual de eventos que el consumidor esperaba recibir, bajo las máximas razonables de experiencia dentro del sector comercial correspondiente.

4. ANÁLISIS DE LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN Y MEDIDAS CORRECTIVAS

Por su parte, otro aspecto de igual controversia en el caso, gira en torno a la sanción interpuesta por la Sala, así como respecto de las medidas correctivas ordenadas; ello debido a que, frente a una resolución cuyo desarrollo parte de dos posiciones firmes y opuestas entre los vocales, referida a la acreditación del hecho infractor, deviene en cuestionable si la decisión de la Sala verdaderamente termina por estructurarse en concordancia con los principios de razonabilidad y proporcionalidad; así como atendiendo a la finalidad social que se pretende lograr, respecto de la prohibición de todo actuar que constituya una potencial afectación hacia la dignidad de las mujeres.

4.1. CUESTIONAMIENTO DE LA MULTA APLICADA

Bajo este contexto, en el caso la Sala termina por imponer a la Rosa Náutica una multa ascendente a 50 UIT, bajo el argumento de que la denunciada generó un daño que afectó gravemente el interés colectivo de los consumidores, en específico, de las comensales mujeres; no obstante, resulta bastante inverosímil que la Sala no haya expuesto claramente la motivación detrás para calificar de aquella forma a la conducta analizada, en especial, porque no desarrolla ninguno

de los criterios relevantes para determinar la gravedad de la infracción (Art. 112 del Cód. de Consumo), como el beneficio ilícito, probabilidad de detección, efectos de la conducta, reincidencia, entre otros.

Sobre ello, es preciso mencionar que al presentar la resolución posiciones contrarias respecto de la acreditación del hecho infractor, sumado a que el acto cuestionado no generaba por sí solo una situación de discriminación en el consumo, toda vez que bien podía ser superado o remediado con un actuar coherente y razonable del consumidor, como bien lo termina por reconocer la Sala bajo el argumento de “acción adicional”. Efectivamente, el acto, tomando en consideración la información recopilada a lo largo del procedimiento, no resultaba lesivo, y con ello, nos referimos a que no representaba una afectación a la dignidad de las mujeres y, en especial, al pleno ejercicio de sus derechos como consumidoras; puesto que las comensales, sí podían acceder a la información por otros medios, o inclusive, solicitar la carta con los precios al personal del recinto.

De igual manera, bajo el supuesto de que, sí hubiera existido una infracción, pero bajo la figura del deber de idoneidad, por haberse brindado este tipo de servicio sin mediar un consentimiento o voluntad de la comensal por recibir aquella forma de atención, la situación encajaría para ser objeto de una amonestación por parte de la administración, debido a que se advierte un escenario en donde confluyen los ciertos elementos merecedores de esta figura en vez de una multa (Gómez, Isla y Mejía 2010:143): i) beneficio ilícito, ii) daño al consumidor mínimo y iii) primera vez que se comente la infracción.

En relación a ello, respecto del beneficio ilícito, referido al “beneficio real o potencial producto de la infracción administrativa (Gómez, Isla y Mejía 2010:139)”; es decir, lo percibido por la denunciada ante la comisión del hecho infractor, debemos señalar que difícilmente se podría alegar un incremento económico sustancial a favor del restaurante o la obtención de alguna ventaja competitiva, debido a que, si bien este acto resulta ser uno de sus atractivos como parte de la experiencia de consumo que esta empresa ofrece, no es el

único y probablemente tampoco sea el principal; ya que recordemos que el restaurante al albergar diversos tipos de comensales, los cuales acuden al recinto bajo diferentes contextos, es decir, con amistades, familiares, colegas, entre otros; son varias las estrategias que el restaurante emprende, las cuales además también pueden estar influidas por factores coyunturales del momento, como festividades, tendencias, etc.

Por otro lado, sobre el potencial daño al consumidor, teniendo en consideración los hechos del caso, debemos mencionar que, de ofrecerle este tipo de servicio a una comensal sin haber sido requerido previamente, probablemente se genere alguna forma de incomodidad para ella, toda vez que no está recibiendo el servicio según lo esperado y en atención a las máximas de experiencia en la atención dentro de este sector comercial. No obstante, el acto bien podría ser remediado ante un actuar razonable de la comensal, con lo cual, de existir alguna afectación, ésta se daría brevemente, sin representar una forma de restricción invencible respecto del ejercicio de sus derechos en sus respectivas vertientes de información e idoneidad.

Asimismo, respecto de ser la primera vez de la comisión del acto infractor, es preciso señalar que, para el caso en cuestión, ello se encontraría vinculado con el principio de *confianza legítima del administrado* en torno a la actuación de la administración; toda vez que, si bien es destacable que se propicie un contexto en donde el mercado y la actuación de sus diversos agentes económicos se encuentre en concordancia con las tendencias y valores sociales actuales, ello debe ser abordado de manera gradual, o en cuyo caso, de cierta forma que no represente una afectación desproporcional para ninguna de las partes en una relación de consumo; puesto que, siguiendo el contexto del caso, tampoco sería justificable que al proveedor del servicio se le sancione por un acto, cuyo empleo resulta bastante reiterativo en el sector comercial en cuestión, el cual por su trascendencia tanto en el mercado nacional como internacional, se ha configurado como una de las estrategias comerciales tradicionales, en su búsqueda de lograr la preferencia del consumidor.

En ese sentido, no se encontraría justificado que al proveedor de un servicio se le sancionara por una cuestión que recién en la actualidad se encuentra siendo observada por la administración, en especial, si ello conlleva que el mismo se encuentre en una situación de grave afectación, no solo a nivel económico, sino que también a efectos de su reputación comercial en el sector.

4.2. CUESTIONAMIENTO DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS

Por otro lado, en la resolución, la Sala también ha ordenado la aplicación de 3 medidas correctivas, ampliamente cuestionables, respecto de su eficacia para lograr revertir los efectos del acto infractor, así como evitar su continuidad por parte de otros agentes económicos del sector comercial en cuestión, las cuales parten desde el cese de uso de las cartas diferenciadas, capacitación al personal en materia de discriminación, hasta la implementación de un cartel que visualice el mensaje de que en el recinto se encuentra prohibido todo acto de discriminación.

Sobre ello, respecto del cese de uso de este tipo de cartas, debemos señalar que aquello deviene en una medida que afecta tanto al derecho de libre iniciativa privada del proveedor, así como en torna a la libre decisión de consumo de los y las comensales; toda vez que, no solo se incide en la forma en que el proveedor ha decidido emprender sus esfuerzos económicos a efectos de lograr su posicionamiento en su respectivo sector comercial, sino que también, se limita al consumidor, de poder continuar eligiendo este tipo de su servicio, acorde con sus intereses y preferencias.

Asimismo, en torno a la necesaria capacitación del personal del restaurante, debemos señalar que, para el tipo de estructura comercial que maneja la denunciada, donde el personal es instruido bajo directivas de obligatorio cumplimiento a efectos de obtener un servicio diferencial y personalizado con las y los comensales; bastaba que la misma gerencia del restaurante emita aquellas directrices actualizadas, a manera de que la empresa se encuentre acorde con la posición adoptada por la autoridad.

Sobre ello, es importante mencionar que, debido a la estructura de negocio que posee este tipo de empresa en el sector, el personal cumple en estricto con las

directivas de servicio instauradas con antelación, de manera que, en síntesis, bastaba con informar a los trabajadores acerca de la negativa de emplear las cartas sin haber recibido la confirmación de uso por parte del comensal con anterioridad, o inclusive, de simplemente ya no emplearla porque “Indecopi lo considera discriminatorio (Lindley-Russo 2019)”.

De igual manera, respecto del empleo de un cartel que advierta a todos los comensales sobre la prohibición de toda forma de discriminación en el recinto, cabe señalar que ello, difícilmente conllevará una repercusión sustancial, equiparable al beneficio social que busca propiciar la administración; ya que, como se mencionó anteriormente, bastaba con que la autoridad emita algún pronunciamiento al respecto, para que los demás agentes competidores, a efectos de no ser sancionados por la entidad, así como ver socavado su reputación por una posible repercusión mediática, busquen adecuar sus iniciativas comerciales a aquellos nuevos valores sociales.

5. CONCLUSIONES

- La estrategia de las “cartas diferenciadas” constituye una política comercial de amplia trascendencia en la industria de restaurantes, tanto a nivel nacional como internacional, la cual, además, se mantiene debido a la eficiencia económica que persigue, en torno a obtener la preferencia de los consumidores.
- Asimismo, si bien la administración debe velar por el interés del consumidor, su actuación debe encontrarse acorde con los principios de *predictibilidad* y *confianza legítima*, en especial, si se plantea una postura acorde a nuevos valores sociales.
- La infracción por discriminación en el consumo, así como la infracción del deber de idoneidad poseen un núcleo jurídico similar referido a la correcta realización o funcionalidad del servicio o producto adquirido por el consumidor; no obstante, encuentran su diferencia en sus objetos

jurídicos, donde el primero persigue una protección bajo una óptica socio-económica, mientras que el segundo, se centra más en un aspecto general y principalmente, de carácter económico.

- De igual manera, de los hechos expuestos, consideramos que no se logra acreditar la discriminación en el consumo por cuestión del acto de las cartas diferenciadas, debido a que por sí mismo, no configura un acto que restrinja a las comensales femeninas del acceso a la información de los precios, ni conlleva una afectación su dignidad.
- Finalmente, a partir del análisis realizado, se advierte que tanto la graduación de la sanción como las medidas correctivas ordenadas, no son proporcionales ni idóneas para el fin social que persigue la administración; toda vez que, de los hechos expuestos, la conducta de la denunciada, bajo el escenario de acreditar un supuesto de infracción del deber de idoneidad; aquel acto se encontraría sujeto de una sanción a manera de amonestación.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Alcántara, O. y Carranza C. (2019). Discriminación de mujeres en el consumo: adiós a la galantería. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (255), 65-75.
- Araujo, C. (2000). El surgimiento de la protección al consumidor. *Revista Jurídica Cajamarca*. Recuperado de:
<https://www.derechocambiosocial.com/RJC/REVISTA1/ARAUJO.htm#:~:text=En%20el%20Perú%2C%20la%20protección,impulsado%20durante%20el%20Gobierno%20Militar.>
- Basri, N. Ahmad, R., Anuar, F. e Isamil, K. (2016). Effect of word of mouth communication on consumer purchase decision: Malay upscale restaurant. *Procedi-Social an Behavioral Sciences*, pp. 222. 331. Recuperado de:
<https://core.ac.uk/download/pdf/82133031.pdf>
- Cavero, Enrique. (2016) ¿Efecto dominó o efecto mariposa? El (distorsionado) concepto de consumidor protegido en el derecho peruano. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. *IUS ET VERITAS*, N° 53, pp. 34-47.
- Cavero, Enrique (2021) ¿Y dónde está el debido proceso? Indecopi y la sanción de infracciones inexistentes en protección al consumidor. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. *CÍRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, PROMETHEO*. Recuperado de:
<https://prometheo.pe/y-donde-esta-el-debido-proceso/>
- De La Torre, David. (2019). La confianza legítima como principio fundamental ante la regulación del Estado en la suspensión de plazos de procedimientos administrativos durante el estado de emergencia por el COVID-19. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. *CÍRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, Núm. 18, pp. 417-435.
- Delgado, R. (2020). Una mirada global a la discriminación en el consumo: *Jurisprudencia del INDECOPI*.
- Díaz, M. (2022). El Consumidor con discapacidad: Entre autonomía, discriminación y justicia administrativa. *PERSONA Y FAMILIA*. Universidad de Turín, Vol. 11 N.º 1, pp. 135-161.

- EL COMERCIO. (2023). ¿Cuánto cuesta comer en la Rosa Náutica, el restaurante más romántico de Lima? Recuperado de:
<https://elcomercio.pe/provecho/tendencias/cuanto-cuesta-comer-en-la-rosa-nautica-el-restaurante-mas-romantico-para-celebrar-san-valentin-noticia/?ref=ecr>
- Frost, N. (2018). The Court Case That Killed the “Ladies Menu”. Atlas Obscura. Recuperado de:
<https://www.atlasobscura.com/articles/ladies-menus-no-prices-lawsuit>
- Gaud, M.; Gerwig, L., Del Águila, H., Rouneau, C., Patrat, I. (2022). Estudio de los factores claves de éxito de los restaurantes en tiempos de pandemia en Lima. Restaurantes de 4 y 5 tenedores. ESAN BUSINEES. Recuperado de:
https://repositorio.esan.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12640/3186/2022_MATC_21-1_05_TI.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Gómez, H.; Isla, S. y Mejía, G. (2010). Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por infracciones a las Normas de Protección al Consumidor. DERECHO & SOCIEDAD, Núm. 34, pp. 134-146.
- Higa, C. (2019). Lo que se ve, no se pregunta. Críticas a la carga de la prueba en materia de discriminación en protección al consumidor. LP PASIÓN POR EL DERECHO. Recuperado de:
<https://lpderecho.pe/criticas-carga-prueba-discriminacion-proteccion-consumidor/>
- INDECOPI (2015). Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito: jurisprudencia del INDECOPI. Primera Edición.
- INEI (2022). Negocios de restaurantes se incrementaron 9,16% en abril de 2023. Recuperado de:
<https://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/negocios-de-restaurantes-se-incrementaron-916-en-abril-de-2023-14439/>
- Lindley, A. (2019). Te invito a cenar, pero tu pagas lo tuyo”. Recuperado de:
<https://es.linkedin.com/pulse/lo-siento-chica-te-invito-cenar-pero-pagas-tuyo-alfredo-lindley-russo>

- LP PASIÓN POR EL DERECHO. (2016). Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del INDECOPI. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/discriminacion-consumo-trato-diferenciado-ilicito-la-jurisprudencia-del-indecopi/>
- Rodríguez, G. (2014). El apogeo y decadencia del deber de idoneidad en la jurisprudencia peruana de protección al consumidor. THEMIS. Pontificia Univesidad Católica del Perú, N.º 65, pp. 303-314.
- Ossola, F.A. (2017). La obligación de informar. En Manual de Derecho de Consumo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, pp. 219-263.
- Osman, M. (2023). A propósito del trato diferenciado ilícito y la discriminación en el consumo: ¿Era necesario el cambio de criterio del INDECOPI? Recuperado de: <https://boletinsociedades.com/2023/01/02/a-proposito-del-trato-diferenciado-ilicito-y-la-discriminacion-en-el-consumo-era-necesario-el-cambio-de-criterio-del-indecopi/>

