

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al
Consumidor

Discriminación en el consumo: Análisis del actual criterio de
Indecopi y sus implicancias

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

Autor:

Geraldine Sofia Yovera Tello

Asesor:

César Augusto Higa Silva

Lima, 2024

Informe de Similitud


Yo, HIGA SILVA, CESAR AUGUSTO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado "Discriminación en el consumo: Análisis del actual criterio de Indecopi y sus implicancias", del autor(a) YOVERA TELLO, GERALDINE SOFIA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 16/12/2024.

- 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, 16 de diciembre del 2024

<u>HIGA SILVA, CESAR AUGUSTO</u>	
<u>DNI: 40101071</u>	Firma:
<u>ORCID:</u> <u>https://orcid.org/0000-0002-9842-2150</u>	 CESAR HIGA SILVA

RESUMEN

En el presente artículo se analizará el actual criterio del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual al momento de resolver los casos en materia de discriminación en el consumo. Es así que, se tiene como objetivo determinar si es adecuado este criterio de la autoridad al considerar a la discriminación como un trato desigual e injustificado.

En esta línea, es oportuno señalar al lector que anteriormente, la autoridad administrativa interpretaba sobre esta materia que el artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor contenía dos supuestos infractores: la discriminación y el trato diferenciado ilícito.

Sin embargo, con la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI, la autoridad decidió cambiar su interpretación, por lo que, ahora solamente reconoce que existe la infracción de discriminación, la cual consiste en todo trato desigual e injustificado, posición que consideramos incorrecta.

De este modo, los principales instrumentos normativos que serán utilizados para desarrollar este tema serán los siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Constitución Política del Perú, Código de Protección y Defensa del Consumidor, entre otras fuentes.

Finalmente, concluimos que el nuevo criterio, al partir de una errada definición de discriminación genera un indebido análisis al resolver las denuncias de los consumidores y un perjuicio en la reputación de los proveedores.

Palabras clave

Discriminación – Derecho a la igualdad – Protección al consumidor - Reputación del proveedor

ABSTRACT

This paper will analyze the current approach adopted by the National Institute for the Defense of Competition and Protection of Intellectual Property when resolving cases related to discrimination in consumer relations. The objective is to determine if this criterion which defines discrimination as an unequal and unjustified treatment, is appropriate.

In this context, it is important to point out to the reader that the administrative authority interpreted the article 38 of the Consumer Protection and Defense Code as containing two distinct forms of infringement: discrimination and unlawful differential treatment.

However, with the Resolution N° 2025-2019/SPC-INDECOPI, the authority decided to change its interpretation, so now it recognizes that there is only an infringement of discrimination, which is defined as any unequal and unjustified treatment, a position that we consider incorrect.

The main normative instruments that will be used to develop this topic will be the following: International Covenant on Civil and Political Rights, Political Constitution of Peru, Consumer Protection and Defense Code, among other sources.

Finally, we conclude that the new criterion, based on an erroneous definition of discrimination, leads to an improper analysis of consumer complaints and damages the reputation of suppliers.

Keywords

Discrimination – Right to equality – Consumer protection – Supplier reputation

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
1. LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO	5
1.1. Discriminación y afectación al derecho a la igualdad	5
1.2. Discriminación y protección al consumidor	8
2. INDECOPI Y SU NUEVO CRITERIO EN LOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN	10
2.1. Criterio del Indecopi sobre discriminación	10
2.1.1. Anterior criterio del Indecopi	10
2.1.2. Actual criterio del Indecopi	12
2.2. Evaluación crítica sobre el nuevo criterio	13
2.2.1. ¿Todo trato desigual e injustificado es discriminación?	13
2.2.2. ¿Existen actos de discriminación en el consumo de mayor gravedad?	15
3. IMPACTO GENERADO POR EL NUEVO CRITERIO DEL INDECOPI	17
3.1. Indebido análisis del Indecopi al resolver las denuncias de los consumidores	17
3.2. Daño en la reputación de los proveedores	21
CONCLUSIONES	23
BIBLIOGRAFÍA	24

INTRODUCCIÓN

La discriminación en el Perú es un problema que se encuentra profundamente arraigado en la sociedad y que persiste hasta la actualidad, por lo que sigue trascendiendo generaciones e impactando negativamente en la vida de muchas personas.

Al respecto, el marco normativo peruano no es ajeno a esta situación, por ello, nuestra carta magna proscribire todo acto de discriminación. En este sentido, es evidente que este tipo de conducta también se presenta en las relaciones entre proveedores y consumidores, siendo que la normativa sectorial en materia de protección al consumidor prohíbe las prácticas discriminatorias a través de los artículos 1 y 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Es así que, el presente artículo se enfocará en este aspecto, es decir, en la discriminación en el ámbito de consumo. De este modo, es interesante el actual criterio que adopta el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual respecto a la figura de discriminación, ya que con la emisión de la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI, la autoridad modificó, en nuestra opinión, radicalmente la interpretación que sostuvo durante años.

De esta manera, actualmente la entidad administrativa considera que el artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor únicamente regula la infracción de discriminación, la cual consiste, en su perspectiva, en todo tratamiento desigual y que no se puede justificar objetiva y razonablemente. En consecuencia, el propósito del presente trabajo es identificar si es adecuado el nuevo criterio de la entidad al considerar que todo trato desigual e injustificado constituye una infracción de discriminación.

Para poder responder dicha interrogante, el presente trabajo se desarrollará en tres secciones, siendo que en primer lugar, se abordará conceptualmente la figura de discriminación.

En segundo lugar, estudiaremos los criterios adoptados por la entidad administrativa sobre este tema siendo relevante exponer el cambio interpretativo que efectuó la Sala Especializada en Protección al Consumidor. De este modo, se realizará un análisis crítico al actual criterio establecido por la autoridad en el año 2019 con motivo de la emisión de la resolución comentada anteriormente, la cual representa ciertamente un hito en nuestra materia.

En tercer lugar, reflexionaremos en el impacto generado por el nuevo criterio, considerando que no solamente consiste en un indebido análisis al resolver las denuncias de los consumidores que genera incertidumbre jurídica y conceptual, sino que, puede conllevar un daño injustificado a la reputación de los proveedores.

Por último, presentaremos las conclusiones obtenidas con motivo de la presente investigación.

1. LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO

En principio, para poder determinar si un acto es discriminatorio, debemos preguntarnos en qué consiste esta figura. Por ello, la presente sección tiene como objetivo definir el concepto de discriminación.

Una vez delimitado lo anterior, se analizará cómo se encuentra específicamente regulada esta institución en las interacciones entre proveedores y consumidores.

1.1. Discriminación y afectación al derecho a la igualdad

Para comprender el concepto de discriminación, es importante revisar el marco legal. En este sentido, en nuestro ordenamiento jurídico, el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) establece que todos tenemos derecho “a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

Asimismo, en el ámbito internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 24 señala que “todas las personas son iguales ante la

ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, el Pacto) establece en el artículo 26 lo que se detalla a continuación:

Artículo 26.- 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.

Igualmente, se puede observar que existen instrumentos internacionales que regulan de manera específica la prohibición de discriminación respecto a determinado grupo de personas, como por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la cual establece en su artículo 1 que esta situación consiste en una exclusión, restricción debido al sexo. También se puede mencionar a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual define en su artículo 2 la discriminación por motivos de discapacidad.

De este modo, de la revisión de las normas comentadas, una idea inicial sobre la discriminación podría ser que cualquier vulneración al derecho a la igualdad implica una conducta discriminatoria; sin embargo, cabe preguntarnos si ello es realmente así.

A efectos de una mayor claridad, la Defensoría del Pueblo (2007) señaló que la discriminación implica un trato desigual que se origina por razones inadmisibles por el sistema jurídico y que causan un perjuicio en los derechos de las personas (p. 29).

De esta definición que realiza la institución se observa que el concepto de discriminación no solo implicaría un trato desigual, sino que éste se daría por la configuración de motivos prohibidos, posición con la cual coincidimos. En este sentido, desde nuestra perspectiva, no toda vulneración al derecho a la igualdad

implica una conducta discriminatoria, pues éste último si bien supone un trato diferenciado, incorpora un elemento adicional, que es la distinción fundamentada en un motivo prohibido.

En este orden de ideas, surge la interrogante sobre qué implica un motivo prohibido. Al respecto, la Defensoría del Pueblo (2007) profundiza en que los motivos prohibidos se caracterizan por los rasgos propios de la persona como pueden ser el sexo y la apariencia física; así como, por situaciones elegidas por las mismas personas como es la religión u orientación sexual (p. 31).

Es así que, estas categorías prohibidas por el ordenamiento jurídico resultan importantes en la definición de discriminación, ya que con esta figura se busca evitar que se excluya a las personas que históricamente han sido marginadas y consideradas como inferiores por su color de piel, por ser mujeres o por presentar alguna discapacidad.

En esta misma línea, Bregaglio (2015) señala el elemento que diferencia a la discriminación de la sola vulneración a la igualdad, siendo que:

La discriminación será aquel acto por el cual se diferencia arbitrariamente a una persona o grupo sobre la base de un motivo prohibido, mientras que la vulneración al derecho a la igualdad se producirá cuando exista también un trato diferenciado arbitrario (y por lo tanto, una desigualdad ante la ley), pero en el cual la diferencia no tome en cuenta dichos motivos prohibidos. (p. 78)

Como habíamos anticipado, se comprende que la discriminación requiere la configuración del motivo prohibido, lo cual es el elemento que la diferencia de la sola transgresión al derecho a la igualdad.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos (1989) estableció en el fundamento 7 de la Observación General 18 el concepto de discriminación en relación al Pacto. En este sentido, se indicó que esta figura implica una distinción o preferencia por motivos como el sexo, la religión, la posición económica entre otros que tengan como fin menoscabar los derechos de las personas.

De esta manera, se puede comprender que el acto discriminatorio será considerado como tal no solamente por una distinción o exclusión, sino que requiere que el trato diferenciado se justifique en un motivo proscrito.

Por lo tanto, concluimos que no toda transgresión al derecho a la igualdad constituye discriminación, entenderlo de esta manera sería dejar de lado los motivos prohibidos, los cuales justamente se encuentran diseñados para defender la dignidad de las personas o de los grupos históricamente reprimidos.

1.2. Discriminación y protección al consumidor

Delimitado el concepto de discriminación, es importante en esta sección enfocarnos en su tratamiento en las relaciones entre consumidores y proveedores.

En principio, el artículo 65 de la Constitución regula la defensa de los consumidores. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) señaló en la sentencia del Expediente N.º 0008-2003-AI/TC lo siguiente:

27. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario.

Es así que podemos comprender que en nuestro ordenamiento jurídico también se busca la protección del consumidor. De este modo, es la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), la norma que regula este ámbito en particular, es decir, las interacciones entre proveedores y consumidores.

Respecto a estos últimos, en principio, el Código establece en el numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar, que será consumidor la persona natural o jurídica que adquiera o disfrute como beneficiario final de los productos y/o servicios; así como los microempresarios, en relación a los bienes y servicios que no sean parte de su actividad empresarial.

De este modo, es necesario indicar que el Código también tutela al consumidor que está expuesto a una relación de consumo o que se encuentra en una etapa previa como se establece en el artículo III del Título Preliminar.

De esta manera, el Código regula diversos derechos que tienen los consumidores, siendo uno de ellos el derecho a no ser discriminados como se desprende del literal d del artículo 1.1 del Código. Igualmente, el artículo 38 del mismo cuerpo normativo señala que los proveedores no deben discriminar a los consumidores por motivos como el origen, sexo, condición económica, entre otros mencionados en la norma en comentario. Seguidamente, se establece que no está permitido la exclusión de los consumidores a no ser que existan causas que lo justifiquen como son la seguridad del establecimiento y tranquilidad de los clientes. También, se indica que el trato diferente debe darse por situaciones objetivas y razonables. Por último, se establece la atención preferente.

Por lo tanto, del marco normativo expuesto en este acápite se aprecia que el Código ha regulado de forma específica la prohibición de discriminación en el ámbito del consumo. En consecuencia, es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) quien tiene competencia para pronunciarse sobre estos actos como lo indica el artículo 105 del Código.

En este sentido, como expone Tirado (2022), la discriminación es un problema que ha estado presente en el país y que se ha manifestado incluso en las relaciones de consumo (p. 61). Un claro ejemplo de ello, es el caso del “Plaza Hotel” relatado en la Resolución N.º 1507-2013/SPC-INDECOPI de fecha 12 de junio de 2013, en el cual los señores José Enrique Sánchez Canales y Patrick Michael Finn denunciaron a Plaza Hotel E.I.R.L.

Al respecto, los consumidores argumentaron que, entre otros asuntos, el 5 de marzo de 2012 se acercaron al hotel con la finalidad de hospedarse en una suite matrimonial, no obstante ello, el personal del proveedor encargado de la atención les habría indicado que no proporcionaban sus servicios a personas como ellos con el objetivo de procurar el debido bienestar de los demás huéspedes.

Es así que, se admitió la denuncia por infracción al artículo 38 del Código indicándose que el proveedor habría excluido a los señores Sánchez y Finn de

los servicios del hotel sin que exista una causa objetiva y justificada, prohibiéndoles el acceso a la habitación matrimonial debido a su orientación sexual.

Al respecto, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala), en los fundamentos 24 y 25 de la resolución en comentario, indicó que el propio establecimiento reconoció que su recepcionista proporcionó un trato diferente a los denunciantes por su orientación sexual, lo cual acreditaba de manera indubitable el acto discriminatorio, en consecuencia, la autoridad confirmó la resolución de primera instancia que declaró fundada la denuncia.

Adicionalmente, es relevante exponer el emblemático caso de “La Rosa Náutica” en el que la Sala a través de la Resolución N.º 2758-2019/SPC-INDECOPI de fecha 4 de octubre de 2019, concluyó que se estaba ante una práctica discriminatoria por razón de sexo, ya que el proveedor entregó a las mujeres cartas que no tenían los precios a diferencia de las que eran proporcionadas a los hombres.

De este modo, es evidente que los actos discriminatorios están presentes incluso en las relaciones entre proveedores y consumidores, por lo que, éstos califican en este ámbito como infracciones administrativas.

2. INDECOPI Y SU NUEVO CRITERIO EN LOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN

Entendiendo que la discriminación implica un trato diferente debido a razones que colocan a las personas en una posición inferior, conforme hemos explicado en el acápite anterior, y que estos actos constituyen una infracción administrativa contemplada en el Código; en esta sección se desarrollará cuál ha sido la evolución del criterio del Indecopi sobre esta materia.

2.1. Criterio del Indecopi sobre discriminación

Actualmente, el Indecopi sigue un nuevo criterio sobre discriminación que no compartimos, sin embargo, para poder profundizar en nuestro análisis, es importante comprender el cambio interpretativo que ha realizado la autoridad administrativa.

2.1.1. Anterior criterio del Indecopi

El caso que se encuentra en el Expediente N° 056-2018/CC3 resulta interesante y fundamental, ya que en primera instancia, la autoridad utilizaba el antiguo criterio, mientras que en segunda instancia, decide cambiar esta pauta. De este modo, se trata de un procedimiento sancionador que se inició de oficio en contra del Banco Interamericano de Finanzas S.A. por entre otros motivos, infracción al artículo 38 del Código.

Es así que, se puede observar que en este caso, la Comisión de Protección al Consumidor N° 3 (en adelante, la Comisión) desarrolla en la Resolución Final N° 144-2018/CC3 el antiguo criterio sobre discriminación, ya que en su fundamento 46 establece que el artículo 38 del Código regula la discriminación y el trato diferenciado ilícito. Asimismo, en el fundamento 48, indicó que la diferencia entre ambas figuras radica en la causa del trato diferente, por lo que, será discriminación cuando el motivo sea grave, como las establecidas en el artículo 38.1 del Código y afecte la dignidad; de lo contrario se estará ante un trato diferenciado ilícito.

De este modo, se comprende que en el anterior criterio, existía una diferencia entre trato diferenciado ilícito y discriminación, siendo que esta última implicaba un trato desigual, pero por motivos graves. En esta misma línea, Delgado (2020) señaló que la discriminación en el consumo era entendida como una desigualdad en el trato a los consumidores que pertenecían a un grupo históricamente excluido sobre la base de prejuicios (p. 27).

Asimismo, el mismo autor (2020) indicó que el trato diferenciado ilícito implicaba la exclusión de los consumidores por situaciones no objetivas y que no podían ser justificadas (p. 27-28). Es así, que el Indecopi (2015), en relación al criterio anterior, señalaba que en ambas figuras existe un tratamiento desigual al consumidor, sin embargo, es con la discriminación que la exclusión se da por motivos que desvalorizan a la persona al considerarlos inferiores (p. 29).

De esta manera, se puede determinar que el Indecopi realizaba una clara distinción entre discriminación y trato diferenciado ilícito, por lo que si bien en ambas figuras se manifestaba un trato diferenciado a los consumidores, la discriminación se caracterizaba por implicar un trato diferente por motivos prohibidos que colocan al consumidor en una posición subordinada.

2.1.2. Actual criterio del Indecopi

Como se indicó anteriormente, en el caso señalado, el Indecopi cambió de criterio en segunda instancia, por lo que, la Sala mediante la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI de fecha 24 de julio de 2019 estableció que en adelante el artículo 38 del Código debía interpretarse en el sentido de que solo existía la infracción de discriminación.

En esta perspectiva, la Sala señaló en el fundamento 26 de la resolución que ni la Constitución ni el Código establecen una diferencia normativa entre ambas figuras, por ello, del artículo 38 del Código se desprende solo un supuesto infractor correspondiente a la conducta del proveedor que vulnere el derecho a la igualdad.

Es así que, en el fundamento 27 de la resolución se indicó que la prohibición de discriminación consiste en todo tratamiento desigual que no se pueda justificar objetiva y razonablemente, al margen del motivo que genere ese trato diferente.

Asimismo, en el fundamento 28 de la resolución se estableció que con este criterio no se ignora que existen actos discriminatorios de mayor gravedad como los que se generan por la raza, orientación sexual entre otros semejantes, por lo que, esta situación será considerada en la graduación de la sanción.

Además en el fundamento 29 de la resolución se indica que la prohibición de discriminación reprime la negativa de los productos y servicios, al igual que la exclusión de los consumidores sin que se presenten situaciones que lo justifiquen, ya que todas estas conductas atentan contra el derecho a la igualdad.

En relación a la carga probatoria regulada en el artículo 39 del Código, la Sala en los fundamentos 31 y 32 señala que el consumidor o la autoridad (dependiendo de si el procedimiento inicia por una denuncia de parte o de oficio), deberán demostrar que existe un trato desigual, por lo que, posteriormente, será el proveedor quien probará una causa objetiva que justifique su conducta. De ser así, el consumidor o la autoridad deberán acreditar que la causa indicada por el proveedor es un pretexto o una simulación para cometer actos discriminatorios.

Finalmente, la Sala agrega en el fundamento 33 que para graduar la sanción se determinará la intensidad de la conducta con el fin de aplicar una sanción más severa de acuerdo a la conducta discriminatoria.

De esta manera, este criterio de la autoridad se mantiene vigente, siendo que en los últimos lineamientos sobre protección al consumidor, la Sala (2022), señaló que las controversias vinculadas al artículo 38 del Código deberán analizarse bajo la figura de discriminación (p. 192).

Por lo tanto, con el nuevo criterio del Indecopi se deja de lado la diferencia establecida anteriormente entre discriminación y trato diferenciado ilícito a fin de incorporarlos en un único supuesto infractor que abarcaría toda afectación al derecho a la igualdad en materia de protección al consumidor.

2.2. Evaluación crítica sobre el nuevo criterio

Delimitado el actual criterio del Indecopi, en esta sección realizaremos un análisis crítico a esta nueva interpretación. De este modo, como hemos ido adelantando, nuestra posición difiere a la establecida por la autoridad administrativa.

En este sentido, principalmente nos centraremos en dos ideas centrales que pasaremos a desarrollar.

2.2.1. ¿Todo trato desigual e injustificado es discriminación?

La Sala en los fundamentos 26 y 27 de la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI estableció que en el artículo 38 del Código solo se encontraba regulada la infracción de discriminación, la cual consiste en todo trato diferente y que no se pueda justificar objetiva y razonablemente, como se muestra a continuación:

26.(...) **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.** (El resaltado es nuestro).

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 contenida en el artículo 38° del Código. (El segundo resaltado es nuestro).

De este modo, se observa que el Indecopi está equiparando todo trato desigual e injustificado como discriminación, lo cual consideramos erróneo, ya que como se ha indicado a lo largo del presente artículo, la discriminación no solo implica un trato diferente, sino un trato diferente por motivos prohibidos.

De esta manera, el “motivo prohibido” resulta fundamental en la configuración del trato discriminatorio, de lo contrario, se perdería la razón de ser de esta figura, ya que, un acto discriminatorio debe basarse en un trato desigual a las personas y en este caso en particular, a los consumidores por su sexo, orientación sexual entre otros motivos similares.

No obstante, con la actual postura de la autoridad administrativa se está dejando de lado este elemento importante, en consecuencia, cualquier acto o conducta que no se pueda justificar objetiva y razonablemente será una infracción de discriminación.

Por ello, consideramos que no tendría sentido que se reconozca normativamente el derecho a no ser discriminados, si finalmente la discriminación, de acuerdo con la postura del Indecopi, sería solo un trato diferente e injustificado. En esta misma línea, Murillo y Cadillo (2020) señalan que:

(...) si bien se reconoce el derecho a recibir un trato paritario, el constituyente ha optado por reconocer expresamente el derecho a la no discriminación; este derecho va más allá de la sola prohibición de desigualdad de trato, busca proteger el derecho a la igualdad en casos donde por las características innatas de la persona o su pertenencia a un grupo histórica y socialmente desvalorado reciba un trato diferente a los demás. (p. 171)

De este modo, es preciso señalar como lo hemos mencionado anteriormente, no toda vulneración al derecho a la igualdad implica un acto discriminatorio, porque ésta última se produce respecto a aquellas personas que se encuentran en una posición subordinada.

Sin embargo, para la actual posición del Indecopi, la prohibición de discriminación sanciona todos los actos que vulneren el derecho a la igualdad, siendo que la Sala en el fundamento 29 de la resolución en comentario indicó que:

29.(...) 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; así como la realización de selección de clientela o exclusión de personas, sin que medien causas de seguridad del establecimiento, de tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas; **entendiéndose que todas estas prácticas vulneran el derecho a la igualdad.** (El resaltado es nuestro)

De esta manera, reiteramos que la discriminación va más allá de una transgresión a la igualdad, debido a que con la discriminación se coloca a una persona o un grupo de personas en una posición inferior por razones como ser mujer, por preferir estar con personas del mismo sexo, por presentar algún tipo de discapacidad, entre otras razones que perpetúan una subordinación de estos grupos.

Por lo tanto, respondiendo a la interrogante planteada en esta sección, indicamos que a diferencia de lo señalado por el Indecopi, no todo trato desigual e injustificado es discriminación.

2.2.2. ¿Existen actos de discriminación en el consumo de mayor gravedad?

La Sala en los fundamentos 28 y 33 de la resolución que cambia el criterio del Indecopi estableció que existen prácticas discriminatorias más graves porque generan una mayor vulneración a la dignidad de las personas, lo cual se tendrá en cuenta al momento de graduar la sanción:

28.(...) 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 meritudo al momento de graduar la sanción** que corresponda imponer contra el proveedor infractor. (El resaltado es nuestro).

33.(...) el artículo 39° no realiza ninguna diferenciación en los niveles de gravedad de una práctica discriminatoria; y, por ende, los órganos resolutivos de protección al consumidor, al momento de analizar un trato desigual por parte de los proveedores, deberán ceñirse a las reglas probatorias reseñadas para verificar la comisión de la conducta infractora. **Una vez comprobada ella, podrán determinar el nivel de gravedad de la misma, para graduar y, de ser el caso, aplicar una sanción más drástica en función de la práctica discriminatoria acreditada.** (El resaltado es nuestro).

En esta perspectiva, Delgado (2020) señala que para la Sala estaríamos ante una discriminación en el consumo no agravada cuando no se tenga relación con motivos como la discapacidad, la orientación sexual, étnicos-raciales, entre otros; a diferencia de la discriminación agravada (p. 32).

De este modo, consideramos que como el Indecopi parte de una errónea definición sobre la discriminación es que se genera la falsa idea de que existen actos discriminatorios más graves que otros, lo cual, resulta a todas luces equivocado.

En este sentido, si analizamos con mayor detalle lo indicado por la Sala, en realidad, vemos que lo que Indecopi considera como “discriminación agravada”, calza con nuestra definición de discriminación, es decir, todo trato desigual que se basa en motivos prohibidos. En consecuencia, la “discriminación no agravada”, sería aquel trato desigual e injustificado, pero que no se origina por

un motivo prohibido, esto es, vendría a ser la figura del trato diferenciado ilícito que sostenía acertadamente el Indecopi en su anterior criterio.

De esta manera, en realidad, lo que ocasiona la actual posición del Indecopi es una confusión innecesaria de figuras jurídicas. Por lo tanto, consideramos que señalar la existencia de conductas de discriminación más gravosas que otras, no resulta ser congruente en un estado constitucional de derecho.

Por otro lado, como se puede observar de los fundamentos de la Sala en comentario, el Indecopi indica que la gravedad de la práctica discriminatoria se tendrá en cuenta al momento de graduar la sanción, lo cual consideramos también equívoco, ya que desde el inicio la autoridad administrativa debería de tener la claridad conceptual suficiente para delimitar la conducta que se está imputando a un determinado proveedor, es decir, es diferente estar ante una práctica discriminatoria que ante un trato diferenciado ilícito.

Además, consideramos que igualmente el Indecopi está reconociendo que existe una distinción entre discriminación y trato diferenciado ilícito, solo que al momento de graduar la sanción del infractor; lo cual, en realidad, genera mayor confusión.

Por lo tanto, respondiendo a la interrogante planteada en esta sección, partiendo desde nuestra posición defendida a lo largo del presente artículo, somos de la posición que no existen actos de discriminación en el consumo de mayor gravedad.

3. IMPACTO GENERADO POR EL NUEVO CRITERIO DEL INDECOPI

En la presente sección se determinará las consecuencias que genera comprender a la figura de la discriminación tal como lo realiza la Sala, es decir como cualquier trato diferente e injustificado.

3.1. Indebido análisis del Indecopi al resolver las denuncias de los consumidores

El nuevo criterio del Indecopi surge, como hemos comentado, con la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI de fecha 24 de julio de 2019. Es así, que

revisaremos los casos que han sido analizados bajo la figura de discriminación, a pesar de no tratarse de un trato desigual basado en un motivo prohibido.

De este modo, es necesario recordar que los motivos prohibidos caracterizan, de acuerdo a la posición que hemos adoptado en el presente artículo, a la figura de discriminación.

- **Caso resuelto en la Resolución N° 0860-2023/SPC-INDECOPI**

En primer lugar, tenemos el caso que se presenta en la Resolución N° 0860-2023/SPC-INDECOPI de fecha 29 de marzo de 2023, el cual trata de una denuncia que presenta la señora Maricruz Montes de Oca en contra de la señora Mariela Briceño.

En este sentido, la consumidora alegó, entre otras cuestiones, que el 20 de marzo de 2022 se dirigió a la botica Brisfarma II, establecimiento de la señora Briceño, porque quería efectuar un retiro por un importe de S/30.00 en el agente bancario que se encontraba en dicho local; sin embargo, no se procedió con la operación porque el personal encargado le indicó no contar con sencillo.

Asimismo, la señora Montes de Oca indicó que a pesar de ello, se habría atendido a otro usuario que solicitaba una transacción por un importe mayor e incluso se le había entregado un vuelto en sencillo, lo cual evidenciaba un trato discriminatorio entre los que realizan operaciones de menor cantidad y los que efectúan transacciones de mayor importe.

De este modo, se admitió a trámite la denuncia por la presunta contravención al artículo 38 del Código en la medida que la proveedora habría discriminado a la consumidora al no haber aceptado que realice la operación por ser una suma menor. Es así que, como se indica en el fundamento 15 de la resolución, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Junín declaró fundada la denuncia porque el personal de la proveedora realizó transacciones con otros clientes sin argumentar la falta de sencillo.

No obstante, la Sala revocó la resolución en este extremo y declaró infundada la denuncia, porque como se estableció en el fundamento 23 de la resolución en comentario, consideró que la consumidora no logró acreditar el trato

diferenciado. Es decir, le correspondía a la señora Montes de Oca demostrar la existencia de un trato desigual, lo cual no ocurrió en el procedimiento administrativo a criterio de la Sala.

De esta manera, en el caso descrito se alega una situación de discriminación en relación a las personas que realizan operaciones por importes menores frente a los que efectúan transacciones mayores. Sin embargo, consideramos que esta controversia no evidencia un motivo prohibido y a pesar de ello, esta conducta fue analizada bajo las pautas de discriminación siguiendo el actual criterio del Indecopi.

- **Caso resuelto en la Resolución N° 1207-2024/SPC-INDECOPI**

En segundo lugar, está el caso relatado en la Resolución N° 1207-2024/SPC-INDECOPI de fecha 29 de abril de 2024, la cual aborda la denuncia presentada por los señores María Victoria Ecurra Mayaute y Sabey Gales Piscoya Rodríguez en contra de Latam Airlines Perú S.A.

Los hechos acontecieron el 11 de diciembre de 2019 cuando los consumidores se encontraban en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez porque iban a viajar a Arequipa, sin embargo no lograron tomar el vuelo, por lo que presentaron su denuncia contra la aerolínea.

Es así que, se admitió la denuncia por diversas infracciones, entre ellas por infracción al artículo 38 del Código en la medida que el personal del proveedor habría perifoneado los nombres de otros pasajeros indicándoles el número de la puerta de embarque, mientras no habrían llamado a los señores Ecurra y Piscoya.

De este modo, en el fundamento 63 de la resolución, se indicó que en primera instancia, se declaró infundada la denuncia debido a que los consumidores no presentaron medios probatorios que acreditaran que la aerolínea llamó a otros pasajeros y no a los denunciantes, además se indicó que este acto no era discriminación.

Igualmente, en segunda instancia, la Sala estableció en el fundamento 66 que no existían indicios de un trato desigual, ya que no se había presentado algún

medio probatorio que demostrara ello. En consecuencia, se confirmó la resolución venida en grado que había declarado infundada la denuncia.

Por lo tanto, en este segundo caso, queremos evidenciar que la conducta respecto a un presunto trato desigual porque a algunos pasajeros les habrían llamado y no a los denunciantes fue analizado bajo la figura de discriminación, aún considerando que no se aprecia la existencia de un motivo prohibido.

En este sentido, para nosotros es claro que en esta conducta no estaba en discusión un motivo prohibido, ya que no existía un trato diferenciado en relación por ejemplo, a la orientación sexual de los denunciantes entre otros motivos que los colocaran en una posición de subordinación.

Sin embargo, igualmente fue analizada bajo la figura de discriminación debido al nuevo criterio del Indecopi, el cual no compartimos. De esta forma, la autoridad administrativa declaró infundada la denuncia porque los consumidores no lograron cumplir con el primer filtro de evaluación de esta infracción, esto es, acreditar que existió un trato desigual.

De este modo, con los ejemplos mencionados, se puede evidenciar que todos los casos en los que se cuestione un trato diferente y arbitrario van a ser analizados como una presunta infracción de discriminación, aún cuando no esté en controversia un trato diferente por un motivo prohibido. Lo anterior es debido a la nueva interpretación que realiza la autoridad sobre la concepción de discriminación, ya que con el actual criterio se equipara todo trato diferenciado ilícito con discriminación.

Al respecto, al analizarse todo trato desigual e injustificado como discriminación, se pierde el contenido esencial de esta figura y se resta importancia y trascendencia a los motivos prohibidos, pues precisamente la finalidad de que exista la figura de discriminación es para tutelar la dignidad de las personas, y en este caso en particular a los consumidores, que son tratados diferentes por su origen, sexo, orientación sexual entre otros motivos que los colocan en una posición subordinada.

Por ende, con el actual criterio de la autoridad administrativa no se tutela a los consumidores que en realidad son tratados de manera diferente debido a un

motivo prohibido en la relación de consumo, ya que al equiparar todo trato desigual e injustificado como discriminación, se pierde de vista la causa, la relevancia y los efectos de ese trato desigual.

3.2. Daño en la reputación de los proveedores

Los casos referidos en el acápite anterior demuestran como el Indecopi al partir de un criterio erróneo emite resoluciones que en lugar de combatir los actos discriminatorios que afectan a nuestra sociedad, solamente llegan a generar incertidumbre jurídica y conceptual en detrimento de los consumidores y de los proveedores.

Como producto de lo mencionado anteriormente, desde la óptica de los proveedores se podría generar un daño injustificado en su buena reputación debido a que la propia autoridad administrativa, al partir de un marco conceptual errado, puede llegar a encasillarlos como sujetos discriminadores y sancionarlos de esta manera, aún cuando no lo sean.

Al respecto, el numeral 7 del artículo 2 de la Constitución dispone que todos tenemos derecho al honor y a la buena reputación; mientras que, el numeral 2 del artículo IV del Título Preliminar del Código establece que los proveedores pueden ser personas naturales o jurídicas de derecho privado o público y que de manera recurrente prestan servicios o brindan productos a los consumidores; siendo proveedores por ejemplo, los distribuidos, productores, importadores y prestadores.

En este sentido, en relación a la afectación de la buena reputación de los proveedores que son personas jurídicas de derecho privado, el TC señaló en la sentencia del Expediente N.º 0905-2001-AA/TC, lo siguiente:

6. Ahora bien, que se haya afirmado que el reconocimiento de los derechos constitucionales se extiende al caso de las personas jurídicas de derecho privado no quiere decir que ellos puedan titularizar "todos" los derechos que la Constitución enuncia, pues hay algunos que, por su naturaleza estrictamente personalista, sólo son susceptibles de titularizar por las personas naturales. La cuestión, por tanto, es la siguiente:

¿Titularizan las personas jurídicas de derecho privado el derecho a la buena reputación?

(...)

Es así que, se puede observar que la entidad establece que estas personas jurídicas no pueden ser titulares de todos los derechos que la Constitución regula, debido a la existencia de derechos que solo corresponden a las personas como tal.

De este modo, en relación al derecho a la buena reputación, el TC señaló en el fundamento 7 de la referida sentencia que este derecho no es exclusivo de las personas naturales, sino que también se reconoce el derecho a la buena reputación a las personas jurídicas de derecho privado, por lo que desconocer esta situación podría generar una situación de desprotección contra ataques a su imagen.

Por lo tanto, queda claramente establecido que el supremo intérprete de nuestra Constitución no solo le atribuye el derecho a la buena reputación a las personas naturales, y por tanto su defensa, sino también a las personas jurídicas de derecho privado.

Es importante recordar en esta sección, a efectos de proseguir con nuestro análisis, que un trato discriminatorio no solo implica una distinción o exclusión, sino que el trato diferenciado se origina por un motivo prohibido.

Al respecto, producto del erróneo criterio del Indecopi se deja prácticamente de lado la importancia del motivo prohibido, conforme hemos expuesto a lo largo de nuestro trabajo, haciendo que en la práctica cualquier acto o conducta del proveedor que no se pueda justificar objetiva y razonablemente sea considerado como un acto discriminatorio.

De esta manera, al seguir el actual criterio sobre discriminación, se puede atribuir indebidamente a un proveedor la calidad de discriminador afectando de esa manera su derecho a la buena reputación, lo cual podría incidir en su posicionamiento en el mercado y sus relaciones con los consumidores.

Ahora bien, conviene precisar que no es nuestra intención alegar que los proveedores que realicen tratos diferenciados sin que obedezcan a causas objetivas y razonables no sean sancionados por el Indecopi; por el contrario, consideramos que este tipo de proveedores deben ser sancionados por cometer tratos diferenciados ilícitos, pero no por la infracción de discriminación.

Por todo lo anterior, concluimos que se podría llegar a generar un daño injustificado en la reputación de los proveedores en caso se les impute conductas discriminatorias, aún cuando en estricto no las hayan cometido.

CONCLUSIONES

- La discriminación consiste en un trato diferenciado que se basa en un motivo prohibido como es el sexo, la orientación sexual entre otros factores similares; en consecuencia, no toda vulneración al derecho a la igualdad implica que se esté ante un trato discriminatorio.
- La prohibición de discriminación en las relaciones de consumo constituye una infracción administrativa debidamente regulada en el artículo 38 del Código, por lo que, las controversias sobre esta materia serán resueltas por el Indecopi.
- El anterior criterio de la entidad administrativa establecía las infracciones de trato diferenciado ilícito y discriminación, siendo que la primera consistía en todo trato diferente y arbitrario, mientras que en la discriminación, la distinción del trato se debía a motivos prohibidos.
- El actual criterio de la autoridad establece que todo trato desigual e injustificado será discriminación. Asimismo, se indica que existen actos de discriminación en el consumo de mayor gravedad que otros, lo cual se considerará al momento de graduar la sanción.
- El nuevo criterio del indecopi indica que todo trato desigual e injustificado es discriminación, sin embargo, no compartimos esta posición, ya que la

discriminación consiste en un tratamiento diferenciado debido a los motivos prohibidos.

- El actual criterio del Indecopi al partir de una errónea definición sobre la discriminación genera la falsa idea de que existen actos discriminatorios más graves que otros. Si analizamos con una mejor precisión terminológica nos damos cuenta de que lo que Indecopi considera como “discriminación agravada” calza con la definición de discriminación; mientras que, la “discriminación no agravada” esta referido más bien a la figura del trato diferenciado ilícito. Por lo tanto, se concluye que la actual posición del Indecopi genera una confusión innecesaria de estas figuras jurídicas.
- Al Indecopi partir de un criterio erróneo se produce un indebido análisis de la autoridad administrativa al resolver las denuncias de los consumidores, ya que se evalúan los casos bajo la figura de discriminación, a pesar de que en los mismos no se presente un trato desigual basado en un motivo prohibido.
- El actual criterio del Indecopi puede ocasionar daños injustificados en la reputación de los proveedores debido que, al partir de un marco conceptual errado, se puede llegar a encasillarlos como sujetos discriminadores aún cuando no lo sean.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979)

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)

Constitución Política del Perú (1993).

Ley N.º 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010).

Doctrina:

Bregaglio, R. (2015). Alcances del mandato de no discriminación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En E. Salmón y R. Bregaglio (Eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (p. 73-98). Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>

Comité de Derechos Humanos (1989) Observación General 18.

Defensoría del Pueblo (2007). *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes* (Serie Documento Defensoriales – Documento N° 2).

https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/dd_002_07.pdf

Delgado, R. (2020). *Una mirada global a la discriminación en el consumo - Jurisprudencia del Indecopi*. Indecopi.

<https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/7918>.

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

<https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4973>

Murillo, J.A. y Cadillo, Y. (2020). Los actos de discriminación en el consumo con base en estereotipos sobre la mujer como consumidora. Every rose has its thorn... a propósito de la dividida Resolución N° 2758-2019/SPC-INDECOPI. *Actualidad Jurídica*, (314), 163-184.

https://works.bepress.com/javier_murillo/56/

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi. (2022). *Lineamientos sobre Protección al Consumidor Actualización 2022*. Indecopi

Tirado, J.A. (2022). *Protección del consumidor*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Jurisprudencia:

Sentencia del Expediente N.º 0905-2001-AA/TC. (2002). Tribunal Constitucional.

Sentencia del Expediente N.° 0008-2003-AI/TC. (2003). Tribunal Constitucional.

Resoluciones:

Resolución N.° 1507-2013/SPC-INDECOPI. (2013). Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Resolución Final N° 144-2018/CC3. (2018). Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Resolución N.° 2025-2019/SPC-INDECOPI. (2019). Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Resolución N.° 2758-2019/SPC-INDECOPI. (2019). Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Resolución N° 0860-2023/SPC-INDECOPI. (2023). Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Resolución N° 1207-2024/SPC-INDECOPI. (2024). Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

