

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

**El errado cambio de criterio del INDECOPI: Cuando la cura resulta peor que la
enfermedad**

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

AUTOR

JEAN FRANCO GUTIERREZ QUEVEDO

ASESOR

JAVIER ANDRÉ MURILLO CHÁVEZ

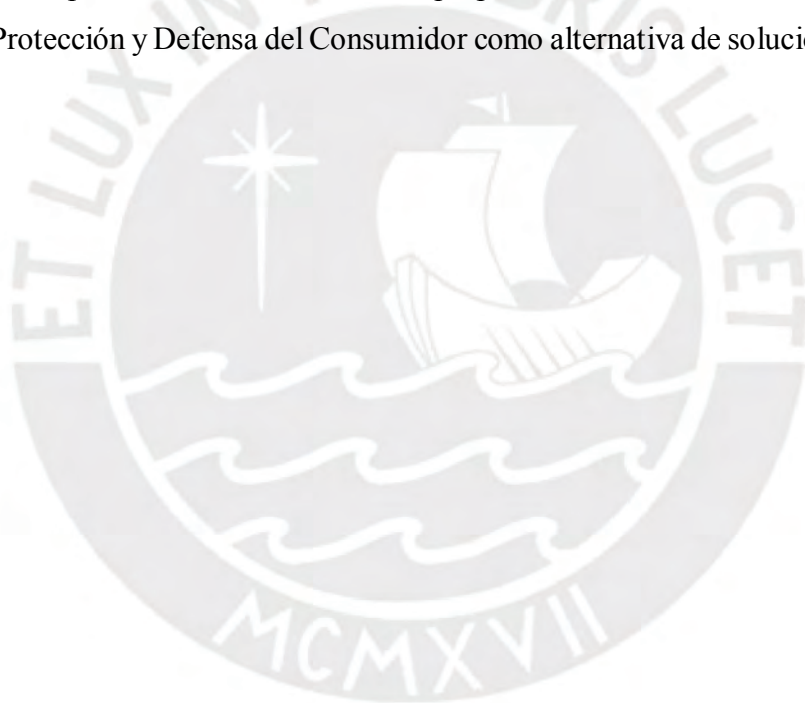
CÓDIGO DEL ALUMNO

20102303

2020

I. RESUMEN

La discriminación en el consumo es un supuesto que, a pesar de los esfuerzos de la administración pública para erradicarla, se mantiene vigente en nuestra sociedad, por lo que es necesario que los operadores jurídicos determinen criterios adecuados que permitan fortalecer las instituciones jurídicas con las que contamos en materia de protección y defensa del consumidor. En ese sentido, en el presente artículo se realiza una crítica al análisis que sustenta el cambio de criterio que ha tenido la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, respecto a la eliminación del supuesto de trato diferenciado ilícito, explicando como este podría implicar una serie de consecuencias negativas para los consumidores e, incluso, para los proveedores. Finalmente, se propone una modificación al artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor como alternativa de solución al problema suscitado.



CONTENIDO

| | |
|--|----|
| I. RESUMEN | 2 |
| I. INTRODUCCIÓN | 5 |
| II. Marco General | 7 |
| 1. El derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación: De la Constitución Política del Perú de 1993 al Código de Protección y Defensa del Consumidor | 7 |
| 2. El trato diferenciado y la discriminación en el consumo | 8 |
| 2.1. Una aproximación a la definición de discriminación en el consumo | 8 |
| 2.2. El derecho a la igualdad y su relación con el trato diferenciado | 10 |
| 3. El nuevo criterio de la Sala y la eliminación del trato diferenciado ilícito: Principales argumentos abordados en la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI..... | 15 |
| III. El errado cambio de criterio y las consecuencias en el ámbito de la protección y defensa del consumidor..... | 18 |
| 1. Crítica al análisis realizado por la Sala para sustentar la adopción del nuevo criterio | 18 |
| 1.1. Las interrogantes que deja el análisis realizado por la Sala | 18 |
| 1.2. La redundancia en el razonamiento de la Sala | 22 |
| 1.3. El trato diferenciado y su sistematización en las disposiciones del Código | 24 |
| 1.4. La relevancia de la doctrina y la jurisprudencia en el marco del análisis efectuado por la Sala..... | 26 |
| 2. La necesidad de establecer una distinción y su relación con la afectación negativa que el nuevo criterio tiene sobre los proveedores y consumidores..... | 28 |
| 2.1. El daño reputacional y el impacto económico que el nuevo criterio genera a los proveedores | 28 |
| 2.2. El impacto negativo que el cambio de criterio genera en la conducta de los proveedores | 32 |
| 2.3. La carga probatoria adicional que se requiere a los consumidores en los casos de discriminación en el consumo | 35 |
| IV. Reflexión final y propuesta de solución | 38 |

| | |
|--|----|
| 1. La modificación integral del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor..... | 38 |
| 1.1. Los sistemas de compliance en materia de consumo..... | 42 |
| CONCLUSIONES..... | 44 |
| REFERENCIAS..... | 46 |
| 1. Bibliografía..... | 46 |
| 2. Jurisprudencia..... | 48 |



I. INTRODUCCIÓN

En el libro “Harry Potter y la Cámara de los Secretos”, segunda entrega de la saga escrita por J.K Rowling, se nos describe una escena en la que, en medio de una acalorada discusión entre los equipos de quidditch de Gryffindor y Slytherin, Draco Malfoy utiliza el término “sangre sucia” para dirigirse despectivamente hacia Hermione Granger. Este término proviene del “estatus de sangre” que emplean aquellos magos cuya ascendencia es totalmente mágica (a los cuales se les denomina “sangre pura”) para referirse de manera despectiva y ofensiva sobre aquellos otros magos que nacieron de padres muggles¹.

La escena descrita precedentemente muestra un claro ejemplo de cómo incluso en este mundo de fantasía se ejercían prácticas discriminatorias, las mismas que pueden extrapolarse perfectamente a nuestra realidad, por ejemplo, en los casos en los que, sin que medie una razón objetiva, se prohíbe el ingreso de una persona o un grupo de personas a un local por su condición social, edad, género, raza, etc. Estas prácticas han sido tipificadas como infracción por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI).

Precisamente, en aras de proteger el derecho de igualdad y el mandato de no discriminación, el INDECOPI, a través de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, la Sala), diferenciaba tres (3) supuestos: el trato diferencia lícito, el trato diferenciado ilícito y la discriminación en el consumo. No obstante, este criterio cambió a partir de la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24.07.2019, pues se suprimió el supuesto del trato diferenciado ilícito al determinarse que toda conducta que implique un trato diferenciado, sin que medien causas objetivas y razonables, calificaría como un acto discriminatorio. En otras palabras, el criterio actual ya no requiere que dicho trato se fundamente en uno o más de los motivos prohibidos establecidos en el numeral 2 del artículo 2 de nuestra Carta Magna.

¹ Término utilizado para describir a personas que no tenían magia.

En ese contexto, el presente artículo parte de la hipótesis de que el INDECOPI debería aplicar el antiguo criterio mediante el cual diferenciaba la discriminación en el consumo y el trato diferenciado ilícito, debido a que su análisis parte de un error conceptual, acarreando, en muchos casos, consecuencias negativas que no solo podrían afectar a los consumidores, sino también a los proveedores. Este último aspecto es donde radica la relevancia de cuestionar el análisis realizado por la administración para determinar el nuevo criterio, pues su resultado no solo impide el fortalecimiento de las instituciones legales que tenemos en materia de consumo, sino que podría desproteger a los principales actores involucrados.



II. Marco General

1. El derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación: De la Constitución Política del Perú de 1993 al Código de Protección y Defensa del Consumidor

De manera previa a desarrollar los conceptos del derecho a la igualdad [ante la ley] y [el mandato de] no discriminación en el ámbito del derecho de protección al consumidor, debemos precisar que estas disposiciones han sido recogidas en lo más alto de nuestro ordenamiento jurídico, es decir, en la Constitución Política del Perú (en adelante, Constitución). Así, el numeral 2 del artículo 2 de nuestra Carta Magna reconoce que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole² (en adelante, Motivos Prohibidos)³.

Esta disposición constitucional irradia a todo el ordenamiento jurídico peruano, lo que significa que el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación no solo se establecen como entes rectores que deben ser cumplidos irrestrictamente por los operadores jurídicos, sino que, además, se constituyen como derechos de todas las personas. Esto último implica que su vulneración facultará a los afectados para que activen los mecanismos legales que correspondan, en aras de salvaguardar sus derechos.

En ese contexto, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley N° 29571 (en adelante, Código) dispuso en (i) el literal d) del numeral 1.1 de su artículo 1 que los consumidores tienen derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por ninguno de los Motivos Prohibidos; y, (ii) su

² Como supuestos adicionales, podemos tomar como ejemplo a los indicado en el artículo 1 de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia: de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

³ Regulado en el mismo sentido a nivel supranacional. Véase, por ejemplo: (i) los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derecho Humanos, (ii) el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y (iii) los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

artículo 38 que los proveedores se encuentran prohibidos de incurrir en actos discriminatorios respecto a los consumidores; precisándose que el trato diferenciado es tolerado, siempre que medien causas objetivas y razonables, se salvaguarde la seguridad de los establecimientos o se busque la tranquilidad de los clientes.

De ahí que, el INDECOPI permita el trato diferenciado lícito, siempre que el accionar de los proveedores se fundamente objetiva y razonablemente; y castigue la discriminación en el consumo, la cual se configura como infracción cuando se demuestre que la justificación de la conducta evaluada carezca de las referidas características. No obstante, tal como señalamos al inicio del presente trabajo, hasta hace poco, dicha entidad reconocía como tipo infractor adicional el trato diferenciado ilícito, el mismo que se materializaba cuando la conducta de los proveedores, sin ser objetiva ni razonable, se fundamentaba en cuestiones subjetivas y no en uno o más de los Motivos Prohibidos, razón por la cual no se consideraba como un acto discriminatorio.

En ese sentido, habiéndose establecido la existencia de tres (3) supuestos (el trato diferenciado lícito, el trato diferenciado ilícito y la discriminación en el consumo) y, de manera previa al desarrollo de los argumentos que sustentan nuestra posición respecto al cambio de criterio del INDECOPI, consideramos conveniente desarrollarlos a nivel teórico.

2. El trato diferenciado y la discriminación en el consumo

Tal y como hemos mencionado, en la presente sección se desarrollaron, desde una perspectiva teórica, las definiciones y alcances del trato diferenciado, lícito e ilícito, y la discriminación en el consumo, lo que nos permitirá comprender y establecer con mayor claridad las diferencias que existen entre cada uno de dichos supuestos.

2.1. Una aproximación a la definición de discriminación en el consumo

Desde nuestro punto de vista, la discriminación es, en sentido lato, un acto por el cual una persona trata de manera diferente a otra, basándose en alguno de los Motivos Prohibidos,

es decir, afectando directa o indirectamente su dignidad personal⁴. Esta acepción ha sido recogida también por la Defensoría del Pueblo al señalar que la discriminación:

[...] consiste en el trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto o por resultado la anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de derechos de una persona o de un grupo de personas. Los actos discriminatorios descalifican a una persona por sus características innatas o por las posiciones asumidas voluntariamente en la sociedad (2009, pág. 11).

Como se puede apreciar, el contenido negativo de los actos discriminatorios no solo conlleva a que sean rechazados por la sociedad, sino que en muchas ocasiones se encuentren ocultos o asolapados, tal es el caso de las empresas que “seleccionan” a su personal por sus apellidos o las “bromas” que se hacen en televisión o redes sociales respecto a la orientación sexual de las personas.

Estas situaciones no son ajenas a las relaciones de consumo, por lo que, tal como hemos señalado en el apartado anterior, el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación han sido recogidos como derecho de los consumidores (literal d del numeral 1.1 del artículo 1 del Código) y como deber de los proveedores (artículo 38 del Código). Sobre el particular, Durand ha señalado lo siguiente:

La esencia [...] radica en el hecho de que para un proveedor en el mercado, el dinero que paga una persona por un bien o servicio tiene el mismo valor, por lo tanto no interesa de quien venga, por lo tanto si quien compra es una persona de raza negra, de ascendencia asiática, extranjera, discapacitada o de origen provinciano, etc. no interesa porque está pagando por aquello que recibe y es inadmisibles que se

⁴ Esta definición ha sido desarrollada en el mismo sentido en las obras de Rodrigo Delgado y Jesús Rodríguez que fungieron como fuentes de consulta para el desarrollo del presente documento. El detalle de las mismas se encuentra en la sección que contiene las referencias bibliográficas.

diferencie a las personas por cualquier motivo, y negarles el acceso a consumir en función de esas diferencias que el proveedor arbitrariamente minusvalora jerarquizando a las personas para poder ser atendidas, es inadmisibles en una sociedad democrática (2016, pág. 113).

Por su lado, la Sala, mediante Resolución N° 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19.10.2015, se pronunció respecto a las prácticas discriminatorias en materia de consumo al señalar que:

[...] Una conducta es discriminatoria cuando no se aplican las mismas condiciones comerciales a consumidores que se encuentran en situación de igualdad y cuando la conducta infractora está motivada por la pertenencia del consumidor a un grupo humano determinado, lo cual se sustenta en prejuicios que afectan la dignidad de las personas. Cabe resaltar que el tipo infractor de discriminación en el consumo no se restringe a supuestos de negativa de contratar, pudiendo comprender también restricciones arbitrarias o interrupciones del servicio verificadas una vez entablada la relación de consumo.

En ese contexto, podemos concluir que la **discriminación en el consumo** se materializa cuando el proveedor trata de manera diferente e injustificada al consumidor que busca adquirir un producto y/o servicio que ofrece, sustentado su conducta en alguno de los Motivos Prohibidos, estando en una etapa preliminar, dentro o expuesto a una relación de consumo.

2.2. El derecho a la igualdad y su relación con el trato diferenciado

El concepto de igualdad, como derecho constitucional, ha ido evolucionando a través del tiempo, hasta el punto en que, actualmente, no solo se reconoce un derecho de igualdad formal, esto es, aplicación y trato equitativo de parte de la ley, sino también una dimensión material, en la que la ley se encuentra obligada a fomentar iguales oportunidades y condiciones para que las personas puedan ejercer sus derechos a plenitud (Huerta, 2005).

Así, el Tribunal Constitucional en la sentencia del 15.06.2011, recaída en el expediente N° 03461-2010-PA/TC, y la Defensoría del Pueblo en su obra “La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes”, han señalado que los tratos desiguales o distintos no contienen necesariamente una vulneración al principio de igualdad o constituyen un acto discriminatorio. Ello, en la medida que nuestro ordenamiento permite la existencia y aplicación de tratos diferenciados que se justifiquen o fundamenten en causas objetivas y razonables.

En ese contexto, podemos arribar a la conclusión de que el derecho a la igualdad no solo tiene como finalidad que las personas sean tratadas como iguales, sino también que aquellas que se encuentran en una situación similar sean asistidas en igualdad de condiciones. De ahí que, se estableciera que este derecho implique un tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales y, por ende, se permita un **trato diferenciado lícito**, cuando detrás de este subsistan criterios objetivos y razonables; castigándose, en contra posición, las conductas que carezcan de dichos criterios, supuesto en el que nos encontraremos ante un **trato diferenciado ilícito**.

2.2.1. El trato diferenciado lícito en el consumo

En materia de consumo, el trato diferenciado lícito fue desarrollado, inicialmente, por la Sala de Defensa de la Competencia (actualmente Sala Especializada en Protección al Consumidor), mediante Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI del 18.06.2007, al establecer que su configuración exigía el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Los consumidores que reciben distinto trato deben encontrarse en distintas situaciones de hecho, en la medida que éstas admiten o pueden requerir un trato diferente.
- El trato desigual que se brinda debe responder a una finalidad, pues no se puede otorgar a los consumidores un trato diferente sin justificación.
- Dicha finalidad debe ser razonable.
- Debe existir congruencia – una relación lógica, coherente – entre el trato desigual brindado y la finalidad perseguida.

- Debe existir proporción entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida.

El establecimiento de estos requisitos demostró que la Sala de Defensa de la Competencia recogía lo aspectos desarrollados por el Tribunal Constitucional, en la medida que este último había precisado que el trato diferenciado estaba permitido siempre que respondiera a criterios objetivos y razonables, fundamento que dio paso a la normativa vigente. Actualmente, el trato diferenciado lícito se desprende de la lectura del literal d) del numeral 1.1 del artículo 1 y el artículo 38 del Código. De ahí que, mediante Resolución N° 3082-2018/SPC-INDECOPI del 12.11.2018, la Sala haya señalado que “[...] sí se permite una práctica de selección o trato diferenciado [...] en los casos donde únicamente medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas”⁵.

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que, desde el ámbito de consumo, se encuentra permitido que los proveedores puedan optar por diferenciar a los consumidores, esto es, que mantengan un **trato diferenciado (lícito)**, siempre que su accionar se fundamente en motivos razonables y objetivos, la seguridad de su establecimiento, la tranquilidad de sus clientes o situaciones similares.

2.2.2. El trato diferenciado ilícito en el consumo

Mediante Resolución N° 42-2008/SC2-INDECOPI del 28.11.2008, emitida a la luz del Decreto Legislativo N° 716⁶, la Sala de Defensa de la Competencia complementó los alcances desarrollados en la Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI⁷ respecto a los

⁵ Lo señalado por la Sala puede observarse en diversos pronunciamientos, tales como las Resoluciones N° 1661-2017/SPC-INDECOPI, N° 2154-2017/SPC-INDECOPI, N° 2145-2018/SPC-INDECOPI, N° 1186-2018/SPC-INDECOPI, N° 1425-2018/SPC-INDECOPI, N° 0241-2019/SPC-INDECOPI y N° 0176-2019/SPC-INDECOPI.

⁶ Cabe precisar que este Decreto Legislativo es el antecedente normativo inmediato del Código.

⁷ A través de este pronunciamiento, la Sala de Defensa de la Competencia estableció que existía discriminación “cuando no se aplican las mismas condiciones a consumidores que se encuentran en situación de igualdad, es decir cuando no existe una razón objetiva que justifique el trato diferenciado”. Esta posición fue reiterada en las Resoluciones N° 277- 2007/TDC, 1518-2007/TDC-INDECOPI, 2230-2007/TDC-INDECOPI y 837-2009/CPC-INDECOPI.

actos discriminatorios; señalando que estos se configuraban siempre que el consumidor afectado perteneciera a un grupo humano cuyas características eran desvaloradas culturalmente⁸. Esta nueva disposición excluía los casos en los que el consumidor era discriminado y no pertenecía a un conjunto que contase con dicha característica.

Precisamente, la exclusión establecida en dicho pronunciamiento generó una serie de críticas a las labores del INDECOPI, pero también impulsó que los órganos resolutivos de dicha entidad establezcan diferencias entre los supuestos citados, dando paso a la creación de un nuevo concepto: el trato diferenciado ilícito. De ahí que, Amaya señale lo siguiente:

Más allá de estos criterios cuestionables, lo que en realidad había surgido en estos casos era la necesidad de distinguir los casos de discriminación y los casos de trato diferenciado ilícito. En efecto, las denuncias anteriormente mencionadas no resistían la imputación de un supuesto de discriminación por casuales que afectaban la dignidad de las personas (motivos de raza, sexo, nivel socioeconómico, etc.), sino más bien como comportamientos arbitrarios de parte de los proveedores que se negaban a contratar con los consumidores afectados sin tener en cuenta cuestiones de raza, sexo, religión, origen, etc. (2016, pág. 73).

Pese a que el Decreto Legislativo N° 716 fue derogado por el Código, y que en este se estableció que un acto de discriminación no requiere que el consumidor afectado

⁸ Los fundamentos 10 y 12 señalaban expresamente que (i) “la discriminación es una desvaloración de características inherentes a determinados grupos humanos pese a que éstas son protegidas por nuestro ordenamiento jurídico. Debido a la discriminación, determinados individuos ven afectados sus derechos por la simple pertenencia a un grupo al cual culturalmente se le atribuyen características o comportamientos no deseables, o porque se presume indebidamente que se encuentran en un rango inferior al resto, aun cuando tales características son reconocidas y protegidas constitucionalmente.

Así, por ejemplo, las conductas discriminatorias pueden producirse porque las personas pertenecen a un género determinado, una raza u origen étnico particular, poseen una preferencia sexual específica o tienen una creencia religiosa distinta, condiciones que son reconocidas por la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) como derechos fundamentales, y (ii) “atendiendo a lo expuesto, se configurará un acto de discriminación en consumo cuando se advierta que el consumidor pertenece a un grupo determinado, caracterizado por una preferencia sexual, raza, sexo, idioma específico –entre otros– en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución y que, en mérito a dicha condición es que se le ha negado la prestación de un servicio o la adquisición de un producto”.

pertenezca a un grupo desvalorado culturalmente (tal como se precisa en el artículo 39 del Código), la figura del trato diferenciado ilícito se mantuvo presente en las decisiones del INDECOPI⁹. Así, esta entidad señalaba que el trato diferenciado ilícito consistía en:

[...] aquella conducta por la que un proveedor niega a un consumidor la posibilidad de adquirir un producto o de disfrutar de un servicio por cualquier motivo que no resista un análisis de proporcionalidad, razonabilidad u objetividad, y que más bien esté basado en cuestiones eminentemente subjetivas, como enemistad con el cliente, aplicación exagerada de condiciones para el ingreso a un establecimiento, negar el ingreso a un local comercial por motivos no acreditados, entre otros” (2015, pág. 27).

En conclusión, se puede definir al **trato diferenciado ilícito** como el comportamiento de un proveedor dirigido a negar o limitar el acceso a los bienes y/o servicios que ofrece a los consumidores por motivos injustificados (vulneración del derecho a la igualdad), sin llegar a ser un acto discriminatorio, pues al no sustentarse en uno de los Motivos Prohibido, no se genera una afectación a su dignidad.

Complementariamente, consideramos importante sistematizar las diferencias desarrolladas a lo largo de este apartado, por lo que proponemos el siguiente cuadro resumen en donde pueden apreciarse las mismas:

| Trato diferenciado lícito | Trato diferenciado ilícito | Discriminación en el consumo |
|---|---|---|
| Se fundamenta en que el derecho a la igualdad implica un trato igual a los iguales y desigual a los | Se configura cuando el proveedor trate de manera diferenciada al consumidor por razones estrictamente | Se materializa cuando el trato diferenciado ilícito, además de no contar con un fundamento objetivo o |

⁹Véanse, por ejemplo, las Resoluciones N° 0642-2014/SPC-INDECOPI, N° 1692-2015/SPC-INDECOPI, N° 2905-2015/SPC-INDECOPI, N° 2397-2018/SPC-INDECOPI y N° 2582-2018/SPC-INDECOPI.

| | | |
|---|---|---|
| <p>desiguales. Así, este se permite siempre que medien motivos razonables y objetivos, o que se compruebe que la conducta del proveedor se realizó por seguridad de su establecimiento o la tranquilidad de sus clientes. Aquí se cumple con respetar el derecho a la igualdad.</p> | <p>subjetivas, como lo es la enemistad que pueden tener. Aquí se vulnera el derecho a la igualdad, sin llegar a configurarse un acto discriminatorio.</p> | <p>razonable, se sustenta en uno, o más, de los Motivos Prohibidos.</p> |
|---|---|---|

Elaboración: Propia.

Sin embargo, pese a las definiciones desarrolladas, la Sala optó por suprimir la figura del trato diferenciado ilícito, señalando que todo trato diferenciado en el que no exista una justificación objetiva y razonable sería considerado como un acto discriminatorio, no siendo necesario que medio uno o más de los Motivos Prohibido. Por ello, es importante que dediquemos un breve apartado a mostrar cuales fueron los fundamentos que sustentaron esta posición.

3. El nuevo criterio de la Sala y la eliminación del trato diferenciado ilícito: Principales argumentos abordados en la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI

Tal como hemos venido señalando, a través de la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI (en adelante, la Resolución), la Sala adoptó un nuevo criterio respecto a la configuración de la discriminación, al establecer en sus fundamentos N° 26 y 27 lo siguiente:

26. Si bien diversos órganos resolutivos del Indecopi han interpretado en el pasado que, del artículo 38° podían desprenderse dos conductas diferentes, a saber: el trato diferenciado ilícito y la discriminación; lo cierto es que la

categorización binaria establecida a nivel jurisprudencial ha sido revisada por la conformación actual de la Sala y, en atención a que el artículo 2° de la Constitución y el artículo 38° del Código no realizan una diferenciación de carácter normativo entre trato diferenciado y discriminación, este Colegiado ha considerado pertinente reevaluar el criterio empleado; y, consecuentemente, sostener que **el tipo infractor contenido en el citado artículo 38° debe ser entendido como una única figura jurídica** que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad y que se materialice a través de un trato discriminatorio hacia los consumidores.

27. De este modo, a través del presente pronunciamiento, **la Sala establece un cambio de criterio** en relación al modo en el que deben analizarse **las conductas donde exista un trato desigual que no se encuentre justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello 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. (Resaltado y subrayado propios).

La Sala fundamentó su posición, principalmente, en los siguientes argumentos: (i) el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución y el artículo 38 del Código no establecen diferencias entre actos de discriminación y tratos diferenciados ilícitos, (ii) la unión de los tipos infractores no desconoce la existencia de actos discriminatorios que resulten más gravosos que otros, pues pueden presentarse casos en donde se afecta en mayor grado la dignidad de las personas; sin embargo, dicho aspecto debe meritarse cuando se gradúe la sanción que corresponda imponer al proveedor infractor, y (iii) ambos tipos infractores tienen la misma finalidad protectora.

Lo señalado precedentemente puede observarse en los fundamentos N° 28 y 29 de la Resolución:

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

29. La presente interpretación parte de entender que 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; 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.** (Resaltado y subrayado propios).

Finalmente, la Sala concluyó que el nuevo criterio guarda relación con el artículo 39 del Código, referido a la carga probatoria, en la medida que este artículo no establecía diferencias en los niveles de gravedad cuando se presentaban prácticas discriminatorias, tal y como puede apreciarse en el fundamento N° 33 de la Resolución:

33. De acuerdo a lo expuesto, en consonancia con el cambio de criterio definido por este Colegiado, el artículo 39° no realiza ninguna diferenciación en los niveles de gravedad de una práctica discriminatoria; y, por ende, los órganos

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

En ese contexto, puede observarse que la Sala ha denotado sendos esfuerzos en aras de desarrollar y fundamentar adecuadamente el nuevo criterio. Sin embargo, consideramos que es un cambio erróneo que podría acarrear consecuencias negativas en materia de consumo y que deja de lado el planteamiento de soluciones de problemas que podrían resultar de mayor necesidad, como los relacionados a la carga probatoria en los casos de discriminación en el consumo. Por ello, en la siguiente sección esbozaremos nuestra posición respecto al análisis formulado en la Resolución.

III. El errado cambio de criterio y las consecuencias en el ámbito de la protección y defensa del consumidor

1. Crítica al análisis realizado por la Sala para sustentar la adopción del nuevo criterio

En la presente sección desarrollaremos las principales críticas que, desde nuestra perspectiva, ha generado el cambio de criterio, las mismas que nos permitirán demostrar nuestra posición respecto a que ha sido un desacierto de parte de la Sala.

1.1. Las interrogantes que deja el análisis realizado por la Sala

La Sala ha señalado que existen actos discriminatorios en materia de consumo que son más gravosos que otros, debido a que pueden presentarse situaciones en las que el trato desigual implique un mayor grado de afectación a la dignidad de las personas, como aquellos relacionados a su raza u orientación sexual, esto es, cuando se fundamente en alguno de los Motivos Prohibidos.

Al respecto, consideramos que establecer la existencia de niveles de gravedad en los casos de discriminación en el consumo, implica el reconocimiento de actos discriminatorios leves; sin embargo, la interrogante que surge ante lo afirmado por la Sala es: ¿Cuándo estaremos frente a este supuesto? La respuesta se asemeja al número de combinaciones que debe realizar una persona para ganar en el primer intento el premio mayor de la lotería, en la medida que, desde nuestra perspectiva, los argumentos que sustentan al nuevo criterio no han sido desarrollados con un nivel suficiente de claridad. Con la finalidad de ejemplificar lo señalado previamente, proponemos la siguiente situación:

Jimena es propietaria de “La Folia”, el establecimiento nocturno más exclusivo de Lima. Durante la noche de inauguración impide el ingreso a (i) Rosa, debido a que mantenían una redención profesional desde hace diez (10) años, (ii) Priscila, por su condición social, y (iii) Renzo, por ser una persona transgénero, por lo que, según el razonamiento seguido por la Sala, Jimena habría incurrido en un acto discriminatorio; sin embargo, no se podría establecer si en el primer caso se configuraría un supuesto de discriminación leve o que acción resulta más gravosa si se comparan el segundo y tercer caso.

En ese contexto, consideramos que los conflictos descritos en el párrafo precedente se materializan, debido a que el análisis de la Sala estaría confundiendo los conceptos de igualdad y discriminación. Sobre ello, cabe indicar que, si bien ambas figuras aparecen en conjunto en un gran número de dispositivos jurídicos, como en el caso peruano, debemos tomar en cuenta lo señalado por Lengua & Bregaglio respecto a que poseen contenidos y consecuencias jurídicas diferentes:

Mientras que el derecho a la no discriminación se centra en situaciones de diferenciación injustificada en perjuicio de una persona o grupo de personas sobre la base de un motivo prohibido; el respeto por la igualdad prohíbe las conductas que si bien generan un trato diferenciado irrazonable, no toman en cuenta dichos motivos (2020, pág. 5).

Esta diferenciación ha sido planteada por Bregaglio al señalar 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. La vulneración de la igualdad radica, de manera similar a la discriminación, en la arbitrariedad de la diferencia (es decir, en la razonabilidad entre el motivo de la diferencia y el trato diferenciado en sí mismo), pero a distinción de la discriminación, no constituye un trato diferenciado basado en motivos prohibidos (que sí era necesario para determinar la existencia de un acto discriminatorio) (2014, pág. 78).

En concordancia con ello, cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) también ha diferenciado ambas acepciones, en la medida que, en el caso *I.V vs. Bolivia*, especificó las características que poseen los motivos prohibidos en los cuales se sustenta un acto discriminatorio:

[...] la Corte recuerda que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables. Cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad.

De ahí que, podamos afirmar que la vulneración al principio de igualdad (reconocido en materia de consumo como trato diferenciado ilícito) no puede ser equiparada a un acto discriminatorio, en la medida que este último siempre estará asociado a uno o más Motivos Prohibidos. Así, la inobservancia de esta diferenciación, como lo ocurrido en el análisis realizado por la Sala, implica ir en contra del desarrollo actual de dichos conceptos.

Por otro lado, la Sala señaló que la gravedad de un acto discriminatorio debe ser un factor a considerar en la graduación de la sanción que, de corresponder, se impone al proveedor infractor. Aquí, traemos a colación el ejemplo propuesto precedentemente en el que Jimena negó la entrada a “La Folia” a Rosa, Renzo y Priscila por una redencilla profesional, su condición de transgénero y su condición social, respectivamente, en la medida que nos permite demostrar lo siguiente:

- La sanción que le correspondería a Jimena por impedir el ingreso de Rosa no sería la misma que le correspondería por realizar la misma acción en el caso de Priscila, debido a que esta última se sustenta en un Motivo Prohibido.
- El problema radica en los casos en los que el impedimento de ingreso se sustente en uno o más Motivos Prohibidos, como ocurre en los casos de Renzo y Priscila, pues no se han establecido parámetros objetivos que permitan diferenciar uno de otro.

De este último supuesto se desprenden las siguientes interrogantes: ¿La Sala tiene la facultad para determinar si un acto discriminatorio por sexo tiene mayor gravedad que uno por raza? En todo caso, de contar con esta facultad: ¿Cómo realizaría y sustentaría esta diferenciación cuando gradúe la sanción? Las respuestas a estos cuestionamientos son, nuevamente, tan certeras como el número de combinaciones que debe realizar una persona para ganar en el primer intento el premio mayor de la lotería.

Así, resulta preocupante que, desde que la Sala dispuso el cambio de criterio, no haya establecido lineamientos claros respecto a su aplicación; situación que refleja como un inadecuado análisis sobre los conceptos de igualdad y discriminación, el que no reconoce que este último siempre se asocia a uno o más Motivos Prohibidos, genera escenarios de inseguridad jurídica para quienes se vean involucrados en procedimientos de esta naturaleza.

1.2.La redundancia en el razonamiento de la Sala

En el apartado anterior señalamos que la Sala había establecido la existencia de actos discriminatorios que revisten mayor gravedad que otros, como los casos en los que media alguno de los Motivos Prohibidos, suprimiendo el tipo infractor denominado “trato diferenciado ilícito”. Por ello, precisamos los principales cuestionamientos que se derivaban de esta afirmación; sin embargo, es importante añadir también que el análisis que sustenta su posición resulta, cuando menos, redundante.

La redundancia en dicho análisis se aprecia en el momento en el que la Sala afirma que existen diversos grados de discriminación y que los actos de mayor lesividad están asociados a algunos de los Motivos Prohibidos, debido a que, implícitamente, estaría señalando que la discriminación “leve” solo podría materializarse en los casos en los que el trato diferenciado, a pesar de ser injustificado, no se sustente en dichos motivos. Entonces, la interrogante que surge a continuación es: ¿Qué efecto práctico tiene el nuevo criterio?

Al respecto, debemos indicar que no se presente un efecto práctico, en la medida que el análisis efectuado por la Sala para sustentar el nuevo criterio, no establece un cambio real, sino que solo ha renombrado la infracción denominada “trato diferenciado ilícito” al determinar la existencia de “discriminaciones menos gravosas”, más aún si de dicho análisis se puede inferir que este último tipo de conductas se castigarán con una sanción menor que aquellas que se fundamente en uno de los Motivos Prohibidos.

En ese contexto, si el resultado práctico es el mismo, ¿por qué la Sala decidió adoptar el nuevo criterio? La respuesta a ello está asociada nuevamente al error conceptual del que parte el análisis realizado por la Sala, debido a que, tal como hemos señalado en el desarrollo del presente artículo, los actos discriminatorios no pueden disociarse de la existencia de un Motivo Prohibido, lo que sí es posible cuando solo se vulnera el principio de igualdad.

De ahí que, Delgado señale, sobre el concepto de discriminación, que:

[...] significa, en sentido amplio, tratar diferente y, en sentido estricto, tratar diferente a una persona o grupo humano, por ejemplo, por motivos étnicos-raciales. En tal sentido, dos son las acepciones principales que el Diccionario de la Real Academia Española reconoce para la voz discriminar: la primera, “seleccionar excluyendo”; la segunda, “dar trato de inferioridad a una persona o colectivo por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.” (2020, págs. 11-12).

En el mismo sentido, Rodríguez indica que:

[...] la discriminación puede ser definida como una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales (2007, pág. 67).

En suma, puede observarse que el razonamiento seguido por la Sala para establecer el nuevo criterio resulta innecesario y redundante, ya que la conclusión a la que se arriba retoma el criterio anterior, es decir, aquel en el que se determinó que la vulneración al principio de igualdad estaba asociada al tipo infractor “trato diferenciado ilícito”, en la medida que en estos casos no mediaba un Motivo Prohibido.

1.3.El trato diferenciado y su sistematización en las disposiciones del Código

La Sala ha sustentado la necesidad de eliminar el tipo infractor denominado “trato diferenciado ilícito”, debido a que, de la revisión del artículo 2 de nuestra Carta Magna y del artículo 38 del Código, no se observa un contraste entre el trato diferenciado y la discriminación. Por ello, determina que todo trato diferenciado, en donde no medie una justificación objetiva y razonable, configura un acto discriminatorio. Sin embargo, cabe señalar que dicho sustento no ha tomado en cuenta la forma en que el concepto de “trato diferenciado” ha sido desarrollado y, por ende, sistematizado en las diversas disposiciones del Código.

Al respecto, cabe indicar que el literal d) del numeral 1.1 del artículo 1 del Código dispone expresamente que los consumidores tienen derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial, y a no ser discriminados; mientras que el contenido de los numerales 2 y 3 del artículo 38 muestra que en los casos que no medie objetividad y razonabilidad, o que no se compruebe que la conducta del proveedor se haya realizado por seguridad de su establecimiento o la tranquilidad de sus clientes, se habrá configurado una conducta prohibida que no llega a ser discriminación, pues esta última ha sido tipificada expresamente en el numeral 1 de dicho artículo 38.

En el mismo sentido, Amaya ha señalado que:

La norma del numeral 38.1 prevé **la prohibición general a la discriminación** precisando los distintos motivos comunes de esta práctica, y estableciendo con ello una lista abierta (“o de cualquier otra índole”). [...] El numeral 38.2 del Código se refiere a la práctica de **exclusión de personas** (es decir cuando no se permite el ingreso a un local o se desaloja de éste a un consumidor o cuando no se presta un producto o servicio dentro del establecimiento) **sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares**. Mientras tanto el numeral 38.3 prevé que el trato diferente debe obedecer a causas objetivas y razonables. **Es decir, para el**

legislador el trato diferente se permite –mientras la discriminación está prohibida- siempre que existan causas que no sean subjetivas ni irrazonables.

[...] (2016, págs. 119-120) (Resaltado y subrayado propios).

De ahí que, Murillo & Cadillo establezcan lo siguiente:

[...] Primero, en la redacción del literal d) del inciso 1 de su artículo 1 del CPDC se coloca la mención al “trato justo y equitativo” a la par del “no ser discriminados”; en este caso, la primera mención hace referencia al trato diferenciado ilícito común, mientras que la segunda mención hace referencia a la discriminación en el consumo, supuesto grave y con motivos proscritos incluso por la Constitución; y

[...] Segundo, tal como hemos expuesto, el artículo 38 del CPDC describe dos conductas relacionadas con los dos fundamentos expuestos; por un lado, en el inciso 1 describe la infracción de discriminación en el consumo y, por otro lado, en el inciso 2 y 3 describe la infracción del trato diferenciado ilícito, el cual no llega a ser tan grave, pero sí se encuentra tipificado como supuesto autónomo y diferente al tipo inicialmente descrito (2020, pág. 172).

En ese contexto, la concordancia entre el literal d) del numeral 1.1 del artículo 1 y el artículo 38 del Código y el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, refuerza lo desarrollado en el presente artículo respecto a que nuestro ordenamiento jurídico, al sistematizar la figura del “trato diferenciado”, determinó que no toda vulneración al principio de igualdad califica como un acto discriminatorio. Por el contrario, si esto no fuese así y, por ende, solo fuese necesario tipificar como única infracción a la discriminación, la redacción de las normas citadas podría prescindir de las referencias a “un trato justo y equitativo” y al “derecho a la igualdad ante la ley”, pues bastaría con un prohibición expresa y general sobre discriminación.

1.4. La relevancia de la doctrina y la jurisprudencia en el marco del análisis efectuado por la Sala

En el apartado anterior preciamos que la Sala determinó que el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución y el artículo 38 del Código no establecían diferencias entre el trato diferenciado ilícito y los actos discriminatorios, por lo que concluyó que el único tipo infractor recogido en este último cuerpo normativo era la discriminación en el consumo; sin embargo, consideramos que es una interpretación que no tomó en cuenta el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que han tenido el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación.

En primer lugar, debemos indicar que una norma no puede abarcar todos los supuestos que se presentan en la realidad. Por ello, es importante que, además de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, se tomen en cuenta el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que ha tenido el derecho que se busca analizar.

De ahí que, Figueroa señale lo siguiente:

[...] allí se desprende la necesidad de que las decisiones de los estamentos administrativos y de los órganos jurisdiccionales, se vean fortalecidos, bajo un halo de necesidad, del reforzamiento de sus decisiones y fallos a través de cuanto la doctrina informa [...], así como por los basamentos reguladores de la interpretación constitucional a través de la jurisprudencia de los jueces de la Constitución (2015, pág. 12).

Así también, cabe precisar que “la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico mediante la interpretación de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho [...] (Torres, 2009), mientras que la doctrina “[...] no juega sólo en el campo de la glosa [...] con posterioridad a la aparición del fenómeno normativo, sino que también le corresponde [...] un rol de anticipación en la previsión del funcionamiento de las leyes,

en la proyección de sus alcances y en el pronóstico de su vigencia, aplicación y funcionamiento (Bustamante, 1977).

Tal como puede apreciarse, el rol de la jurisprudencia y la doctrina en las decisiones de los operadores jurídicos es sumamente relevante, pues permite que las categorías jurídicas que median en su análisis y que están contenidas en las distintas normas que conforman nuestro sistema legal, puedan ser interpretadas conforme a la evolución que han tenido tanto en el derecho como en la sociedad.

Así, el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación coexisten en nuestro ordenamiento desde el siglo pasado, pero su aplicación respondía a las estructuras sociales de dicha época, por lo que esta variaba de persona a persona, como ocurría, por ejemplo, entre (i) hombres y mujeres, (ii) heterosexuales y homosexuales, (iii) personas con discapacidad y aquellas que estaban física y psicológicamente sanas, o (iv) ricos y pobres. Sin embargo, estas estructuras han desaparecido y las referidas disposiciones son aplicadas de manera igualitaria, pese a que su redacción normativa se ha mantenido.

En ese sentido, la pregunta que surge a continuación es: ¿cómo es ello posible? La respuesta está relacionada al desarrollo doctrinario y jurisprudencial que han tenido el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación, el mismo que, como ya hemos mencionado, no ha sido tomado en cuenta en el análisis realizado por la Sala. Lo contrario hubiese implicado que no parta de un error conceptual y, por ende, no disocie a la discriminación de los Motivos Prohibidos.

Complementariamente, cabe precisar que la constitucionalización del Derecho permite que, a partir de la interpretación de los mandatos constitucionales, se vaya resignificando el contenido de las leyes, así como su interpretación y aplicación (De Cabo, 2001). De modo que es posible cumplir con las disposiciones, prohibiciones y permisiones que se deriven del marco constitucional (Alexy, 2003). En ese sentido, se busca que las interpretaciones de las distintas categorías jurídicas sean flexibles y se correspondan con

su desarrollado actual; alejándose, por tanto, de interpretaciones rígidas, como la realizada por la Sala para sustentar el nuevo criterio, más aún si median derechos fundamentales como la igualdad, la no discriminación y la dignidad de las personas.

Por lo tanto, reiteramos que es un desacierto de la Sala no haber considerado el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación, en la medida que ello le hubiese permitido realizar un análisis adecuado de dichas categorías.

2. La necesidad de establecer una distinción y su relación con la afectación negativa que el nuevo criterio tiene sobre los proveedores y consumidores

Habiendo desarrollado las principales críticas al análisis realizado por la Sala para o sustentar el nuevo criterio, corresponde que expliquemos las consecuencias negativas que dicho criterio origina a los proveedores y a los consumidores, a fin de demostrar la necesidad de diferenciar dos (2) tipos infractores.

2.1. El daño reputacional y el impacto económico que el nuevo criterio genera a los proveedores

El análisis que sustenta el nuevo criterio equipara indebidamente una conducta en la que un proveedor vulnera el principio de igualdad con una acción tan despreciable como es la discriminación. De ahí que, Rodríguez señale que “la propia palabra discriminación, cuando es pronunciada, genera alerta por la fuerte carga negativa que conlleva y por los posibles efectos reputacionales que puede implicar para quien la práctica” (2017, pág. 187).

Al respecto, consideramos que esta equiparación indebida impacta, directa y negativamente, en dos (2) aspectos cruciales para el proveedor presuntamente infractor: el primero está relacionado al renombre que pudo haber ganado en el mercado y, por ende, a la posibilidad de que se haya transgredido su derecho fundamental a la buena reputación; mientras que, el segundo está abocado al menoscabo económico que tendría

que soportar, principalmente en lo referido a una posible disminución en el número de ventas del producto y/o de veces que se solicita el servicio que ofrece y el quantum de la sanción que, de corresponder, le impondría la Administración.

Sobre el primer supuesto (reputación del proveedor) debemos tomar en cuenta el impacto que la tecnología, en especial el uso de las redes sociales, tiene sobre nuestro día a día. Esto implica que la información viaje con mayor regularidad de punto a punto, generando no solo un beneficio para los usuarios, sino que los expone también a datos imprecisos, incompletos, falsos o parcializados.

Para ejemplificar ello, proponemos la siguiente situación: Renzo es el propietario del restaurante “El rincón del cielo”, establecimiento culinario reconocido a nivel nacional e internacional, y mantiene problemas personales con Andrés, debido a que su ex – novia le había sido infiel con él, por lo que ordena que no se le permita ingresar.

Posteriormente, Andrés acude a dicho establecimiento con el afán de incomodar a Renzo, pero se da con la sorpresa de que se había prohibido su ingreso, por lo que decide (i) iniciar una campaña de desprestigio en redes sociales porque se sintió discriminado, y (ii) denunciar lo ocurrido al INDECOPI, entidad que inicia un procedimiento administrativo sancionador en contra del conocido restaurante por presunta vulneración al artículo 38 del Código.

Así, el caso se viraliza en redes sociales e impacta directamente en la buena reputación que “El rincón del cielo” obtuvo a lo largo de estos años, sesgando la percepción que los comensales tenían sobre el lugar¹⁰ y vulnerando, por ende, su derecho fundamental a la

¹⁰Pueden observarse los comentarios a las publicaciones realizadas en la red social “Facebook” respecto a lo ocurrido en el caso “La Rosa Náutica” en <https://www.facebook.com/larosanauticarestaurante/posts/2495822773787249> y <https://www.facebook.com/indignadosperu/posts/528514224611859>, las notas de opinión publicadas en la página de “Semana Económica” (<https://semanaeconomica.com/blogs/management/la-rosa-nautica-y-la-carta-sin-precios-discriminacion-disfrazada-de-galanteria>) y “Mercado Negro” (<https://www.mercadonegro.pe/publicidad/la-rosa-nautica-debera-pagar-210-mil-soles-por-discriminar-a-las-mujeres/>), así como el caso de la venta de entradas de parte de BBVA en <https://www.pqs.pe/xperience/entradas-peru-colombia-bbva-errores-crisis-reputacional>.

buena reputación. Sobre este último aspecto, en la sentencia del 14.08.2002, recaída en el expediente N° 0905-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

[...] aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra la «imagen» que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo.

Ello quiere decir que no es relevante si el proveedor es una persona natural o jurídica, en la medida que ambas cuentan con el mismo derecho. De ahí que, el INDECOPI proteja indistintamente la buena reputación de los proveedores afectados, tal y como puede observarse en la Resolución N° 0070-2019/SDC-INDECOPI del 11.04.2019¹¹:

[...] otro elemento a tomar en cuenta es el relativo a la sustancialidad del mensaje transmitido mediante la conducta infractora, pues ello tiene incidencia en la afectación que finalmente tal conducta ha generado en el mercado. Siendo así, se observa que, mediante la publicación materia de imputación, se señaló que Soldamundo viene estafando a los consumidores al hacerles creer que los productos que comercializa tienen una tecnología procedente de determinados países (Alemania, Corea, entre otros) pese a ser fabricado en otro distinto (China).

Lo anterior resulta especialmente lesivo, considerando que las afirmaciones difundidas por la imputada generaron una distorsión en el mercado.

¹¹Véanse también las Resoluciones N° 0408-2017/SDC-INDECOPI y 0409-2017/SDC-INDECOPI emitidas en el marco del caso Paraíso vs Cisne.

En efecto, el mensaje difundido por Manufacturas ha generado un perjuicio directo a la reputación comercial de Soldamundo, al afirmar que es una empresa estafadora cuando ello no ha sido acreditado. Asimismo, dicho mensaje ha distorsionado la capacidad de decisión del público consumidor, pues estos han adoptado decisiones de consumo que pudieron no haber sido adecuadas a sus intereses, guiándose de la información difundida por la imputada a través de la publicación denigratoria.

Ahora bien, sobre el segundo supuesto (impacto económico), el ejemplo del caso “El rincón del cielo”, nos muestra como una denuncia en redes sociales puede mermar el número de comensales que acude a dicho establecimiento. Esta disminución impacta, a su vez, en sus ingresos, los mismos que podrían no recuperarse, aun cuando medie una nota de prensa explicando la situación real o se haga una campaña en redes para develar la verdad de los hechos acontecidos¹².

De otro lado, el impacto económico puede reflejarse también en el quantum de la sanción que, de corresponder, impone el INDECOPI en ejercicio de su potestad sancionadora¹³. Sobre esto, debemos señalar que, en la práctica, esta entidad gradúa las sanciones de multa haciendo suyos los argumentos esbozados en casos similares, los cuales, desde su perspectiva, permiten que se impongan montos de multa también similares.

En ese sentido, considerando que el nuevo criterio ha suprimido el tipo infractor de trato diferenciado ilícito, al precisar que todo trato diferenciado en donde no medie un motivo objetivo y razonable, debe ser considerado como un acto discriminatorio, lo que ocurrirá es que las multas que se imponían en determinados casos, como aquellos en los que las

¹² Un ejemplo de este tipo de afectaciones negativas es el caso Domino's Pizza, el cual puede ser revisado en https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/02/150204_peru_cucaracha_dominos_dp.

¹³ Potestad sancionadora proveniente de la lectura del literal d) del numeral 2.1 y el numeral 2.2 del artículo 2 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, aprobada por Decreto Legislativo N° 1033, concordante con lo establecido en el artículo 65 de la Constitución y el artículo 105 del Código.

entidades del sistema financiero establecían lentes etarios a los consumidores que buscaban acceder a determinados créditos, aumenten sustancialmente¹⁴.

En suma, ha quedado en evidencia que la equiparación indebida entre actos discriminatorios y acciones que vulneran el principio de igualdad, acarrear consecuencias negativas para los proveedores presuntamente infractores, especialmente en su reputación y en su solvencia económica.

2.2.El impacto negativo que el cambio de criterio genera en la conducta de los proveedores

La situación descrita en el apartado precedente respecto al menoscabo económico que tendrían que afrontar los proveedores en el marco de un procedimiento sancionador por discriminación en el consumo, no desincentiva la comisión de conductas de esta naturaleza, sino que, por el contrario, genera que se materialicen incentivos perversos de su parte. Sin embargo, de manera preliminar corresponde que desarrollemos brevemente que implica y cómo se originan este tipo de incentivos.

Sobre el particular, Vargas ha señalado lo siguiente:

[...] en la práctica se ha observado la necesidad de que los agentes reguladores (en empresas, en comunidades, en gobiernos), utilicen ciertos incentivos para motivar a los individuos a tomar las decisiones que generen un bien personal que, en el agregado, lleve a un beneficio colectivo.

Sin embargo, en ocasiones estos incentivos no solamente no generan los resultados deseados, sino que en lugar de generar un nivel de bienestar general terminan por generar externalidades negativas al entorno. Esto se conoce como **incentivos**

¹⁴ Véase, por ejemplo, como se ha pasado de sanciones de amonestación, como la impuesta en la Resolución N° 4509-2016/SPC-INDECOPI, a sanciones de multa que bordean las cincuenta (50) UIT, como las impuestas en las Resoluciones N° 2025-2019/SPC-INDECOPI y N° 3649-2019/SPC-INDECOPI.

perversos, y generalmente se dan cuando los incentivos planteados no están totalmente alineados con los incentivos que tienen cada uno de los individuos al momento de decidir, por lo que a medida en que se benefician las personas en lo individual, el entorno se ve perjudicado en lo general (2019). (Resaltado y subrayado propios).

En el mismo sentido, Covarrubias afirma que:

[...] hay incentivos que generan un efecto no esperado, una consecuencia no intencionada, que **termina agravando el problema que se esperaba corregir, neutralizar o minimizar**. A este tipo de incentivos se les denomina “incentivos perversos” y casi siempre resultan de un mal diseño de una política pública (2018). (Resaltado y subrayado propios).

En ese contexto, un incentivo perverso puede definirse como aquella consecuencia imprevista y no intencionada que se contrapone a la finalidad esperada cuando se adopta una determinada medida. Para ilustrar esta definición, proponemos la siguiente situación:

La pandemia ocasionada por el COVID-19 generó que muchos países, entre los cuales se encontraba el Perú, quedaran desabastecidos de insumos básicos de protección, tales como mascarillas, guantes y alcohol, situación que afectaba directamente a toda la población. Por ello, el estado peruano promulgó el Decreto Supremo N° 2020, mediante el cual dispuso que la agencia de aduanas confisque todas las cargas que contengan este tipo de productos, pues era necesario preservar la salud de las personas que se encontraban en el país.

Sin embargo, si bien esta norma tuvo como finalidad proteger la salud pública, también ocasionó que se generaran incentivos perversos en los agentes afectados, pues, en aras

de salvaguardar sus intereses económicos, buscaron medios “alternativos” que les permitan evadir la referida disposición estatal.

La situación descrita precedentemente puede extrapolarse a los casos de discriminación en el consumo, en tanto que el nuevo criterio adoptado por la Sala genera incentivos perversos que llevarían a que los proveedores conciban nuevas dinámicas infractoras basadas en eludir las afectaciones económicas que acarrearán los procedimientos sancionadores de esta naturaleza, como el aumento en el quantum de la sanción.

Para ello, podrían realizar acciones que oculten las prácticas discriminatorias que tienen frente a los consumidores o que, cuando menos, las hagan parecer como objetivas y razonables. Dichas acciones, no solo tienen consecuencias sociales desfavorables, pues se dificulta una adecuada protección de los derechos de los consumidores, sino que no se condicen con lo que, entre otros aspectos, busca nuestro ordenamiento jurídico, esto es, la erradicación de los actos de discriminación. De ahí que, la Organización de las Naciones Unidas haya señalado lo siguiente:

La prohibición de la discriminación [...] establece obligaciones para los Estados y les encomienda la tarea de erradicar la discriminación del ámbito público y privado. Asimismo, el principio de la igualdad también exige a los Estados adoptar medidas especiales para eliminar las condiciones que causan la discriminación [...] o que contribuyen a perpetuarla (2009).

Por lo tanto, es importante que la Sala reevalúe el impacto negativo que el nuevo criterio ocasiona en la conducta de los proveedores presuntamente infractores, pues desincentiva que incurran en actos discriminatorios, sino que podría impulsar la materialización de una serie de incentivos perversos que les permita evitar las consecuencias económicas adversas que, tal como hemos mencionado, genera dicho criterio.

2.3.La carga probatoria adicional que se requiere a los consumidores en los casos de discriminación en el consumo

Si bien pareciese que el nuevo criterio protege con mayor énfasis los derechos de los consumidores que se viesen afectados por prácticas discriminatorias, consideramos que esto no es tan preciso, pues no se está tomando en cuenta la dinámica probatoria prevista en el artículo 39 del Código y que la Sala utilizó como parte de los argumentos que sustentan su nueva posición, al señalar que esta concordaba con lo dispuesto en el referido artículo. Al respecto, si la Sala consideró que era de vital importancia interpretar adecuadamente las normas referidas a las prácticas discriminatorias, debió tomar en cuenta también el impacto que el nuevo criterio generaría cuando se aplique en casos concretos.

Ello, debido a que, tal como señala Delgado, con anterioridad al cambio de criterio, la Sala exigía a los consumidores que denunciaban actos discriminatorios, medios probatorios o, cuando menos, indicios adicionales que le generen convicción respecto a que el trato diferenciado (que no se fundaba en motivos objetivos y razonables), se debía a causas relacionadas a los Motivos Prohibidos y que, por ende, correspondía imponer una sanción más severa (2020, pág. 33).

En otras palabras, lo que exigía la Sala, en los casos de discriminación en el consumo, era que el consumidor pruebe que el proveedor le condicionó o negó el acceso a un determinado producto y/o servicio, y que este trato no era el mismo que se aplicaba al resto de consumidores. De ahí que, Higa señale, respecto a la carga probatoria adicional exigida por la Sala, que:

[...] Para acreditar un trato discriminatorio no es necesario probar cómo se trata a otros, sino que el consumidor haya recibido un trato denigratorio por una característica intrínseca suya (color de piel, orientación sexual, idioma, etc.), lo cual es generalmente observable.

La discriminación vulnera la dignidad del consumidor porque lo minusvalora por una característica personal suya. Por esa razón, si el consumidor acredita que se le negó el acceso a un servicio y que ello se puede presumir a una característica personal por la cual las personas generalmente son minusvaloradas, entonces se puede presumir que hubo un acto discriminatorio contra su dignidad. No es necesario que se acredite cómo el proveedor trató a otras personas porque la vulneración a su dignidad no depende del trato recibido a otros, sino de cómo él fue tratado (2019).

Lo señalado precedentemente puede observarse claramente en los casos que presentamos a continuación y en los que la Sala solicitó esta prueba adicional. El primer caso fue desarrollado en la Resolución N° 0665-2006/TDC-INDECOPI del 17.05.2006 y versó sobre la denuncia interpuesta por Cristian Manuel Olivera Fuentes en contra Supermercados Peruanos S.A.

El señor Olivera alegó que se encontraba con su pareja, otro hombre, en uno de los establecimientos del denunciado (Cafetería Dulces y Salados del supermercado Santa Isabel ubicado en el distrito de San Miguel), cuando una empleada, junto al personal de seguridad, le indicó que no podían darse muestras de afecto, ya que este comportamiento no estaba permitido en dicho establecimiento. El denunciado negó realizar prácticas discriminatorias, señalando que su empleada solo había transmitido la queja de otro cliente que se encontraba con sus hijos menores de edad y que habían presenciado muestras excesivas de afecto.

En ese caso, la Sala declaró infundada la denuncia interpuesta por el señor Olivera, dado que este no pudo probar que la intervención del personal del denunciado se debió a su condición de homosexual o a sus muestras excesivas de afecto. Cabe precisar que uno de los argumentos utilizados por la sala fue que “[...] constituye un acto de discriminación que, ante similares circunstancias, se establezca un trato o pautas de comportamiento prohibitivas distintas en función de que las personas protagonistas sean

heterosexuales u homosexuales”]; por lo que, al existir dos (2) versiones que justificaban su propia versión, no podía determinarse cuál respondía a la verdad y, por ende, tampoco podía sancionar a Supermercados Peruanos.

El segundo caso obra en la Resolución N° 3444-2012/SPC-INDECOPI del 22.11.2012 y versa sobre la denuncia que Juan Carlos Álamo Moscoso interpuso en contra de JM Fitness S.A.C., propietario del gimnasio Gold’s Gym. El denunciante alegó que se le había discriminado por su condición de travesti, dado que (i) la suscripción de su membresía estaba condicionada a que utilizara solo el baño de hombres, y (ii) se le perifoneó utilizando su nombre de varón, cuando el personal sabía que se hacía conocer como Scarlet.

Aquí, la Sala señaló que, al ser un caso de discriminación, el consumidor denunciante debía acreditar que el proveedor ejercía un trato diferente respecto de otros consumidores, es decir, que el personal del denunciado perifoneaba a los otros clientes con nombres distintos al establecido en sus Documentos Nacionales de Identidad; precisando que solo en este supuesto, Scarlet podía alegar que existía un trato desigual

En ese contexto, tomando en cuenta que el nuevo criterio dispone que todo trato diferenciado sin justificación objetiva y razonable es considerado como un acto discriminatorio, las preguntas que surgen a continuación son: ¿la Sala seguirá exigiendo los medios probatorios adicionales? Si esto fuese así, ¿cuáles serían estas pruebas adicionales? Desde nuestra perspectiva, es fundamental que este aspecto sea esclarecido por la Sala a la brevedad posible, en la medida que impacta directamente en la protección de los consumidores que se ven envueltos en situaciones tan deplorables como lo es la discriminación.

En suma, tal como ha podido observarse, el cambio de criterio establecido por la Sala afecta negativamente a (i) los proveedores, pues al equiparar indebidamente una conducta que solo vulnera el principio de igualdad con un acto discriminatorio, daña su

reputación e impacta directamente en su economía, y (ii) los consumidores, dado que la unificación de un único tipo infractor, complejiza la dinámica probatoria que se ha venido desarrollando en los casos de discriminación en el consumo. De allí, que sea necesario establecer una distinción entre este tipo infractor y el trato diferenciado ilícito.

IV. Reflexión final y propuesta de solución

Las críticas, argumentos y cuestionamientos desarrollados a lo largo del presente artículo han permitido que demosntramos nuestra posición respecto a que el nuevo criterio adoptado por la Sala en el que establece que todo trato diferenciado, en donde no medie una fundamento justificado y razonable, debe ser considerado como un acto discriminatorio, resulta inadecuado. En ese sentido, consideramos pertinente proponer una alternativa que permita solucionar tal desacierto.

1. La modificación integral del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor

La primera propuesta de solución se sustenta en la necesidad de modificar todos los extremos de las disposiciones contenidas en el artículo 38 del Código, por lo que se propone que dicha acción se realice en los siguientes términos:

- Modificación del título

“Artículo 38.- Vulneración del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación en el consumo”

Sobre el particular, cabe indicar que el título es el componente de mayor relevancia en cualquier tipo de documento, debido a que su función principal es presentar el tema a tratar de manera clara, breve y precisa. Así, la redacción propuesta no solo guarda relación con el desarrollo que han tenido el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación, regulados en el literal d) del numeral 1.1 del artículo 1 del Código y el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, sino que, además, permite que los consumidores identifiquen con mayor facilidad cada uno de sus derechos.

- **Reorganización del supuesto que permite el trato diferenciado**

“38.1 El trato diferenciado será lícito siempre que se sustente en causas objetivas y razonables. Para ello se establecen, de manera enunciativa, mas no limitativa, los siguientes supuestos:

- a. **El proveedor puede excluir a los consumidores cuando medien causas de seguridad del establecimiento o se vea afectada la tranquilidad de sus clientes.**
- b. **El proveedor puede determinar la atención preferente en su establecimiento cuando medien situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente, siempre que exista proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.**
- c. **Otros motivos similares.”**

Si bien el artículo 38 del Código recogía las disposiciones detalladas en la presente propuesta, no contaba con un orden adecuado, en la medida que las ideas se encontraban dispersas en los tres (3) numerales que lo conformaban. Del mismo modo, cabe indicar que la redacción que se propone muestra con mayor claridad los supuestos en los que los proveedores actúan en cumplimiento del derecho a la igualdad que asiste a los consumidores; demostrando el desarrollo actual de este concepto, el mismo que, tal como hemos señalado a lo largo del presente artículo, implica un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales

Finalmente, se está proponiendo un listado no taxativo de supuestos en los que se podrían presentar el trato diferenciado lícito, a fin de que la redacción tenga vocación de permanencia y se pueda adaptar con facilidad a los avances que se presente en nuestra realidad, como puede suceder con aquellos relacionados a nuevas tecnologías.

- **Modificación del supuesto que prohíbe el trato diferenciado injustificado**

“38.2 El trato diferenciado que no se sustente en causas objetivas y razonables solo configura infracción al derecho a la igualdad de los consumidores, siempre que no se afecte la dignidad de las personas.”

Al respecto, cabe señalar que en esta propuesta se ha utilizado un lenguaje claro, sucinto y coherente, a fin de establecer directamente que el trato diferenciado ilícito no implica necesariamente la existencia de un acto discriminatorio, sino que solo puede constituir una vulneración al derecho de igualdad, siempre que la conducta de los proveedores no transgreda la dignidad de los consumidores, como ocurre en los casos en los que la justificación del accionar de dichos proveedores es la enemistad que mantienen con estos últimos.

De la misma forma, permite que (i) se eluda un análisis redundante de parte de la Administración Pública, como el utilizado por la Sala al determinar que existen “discriminaciones más gravosas que otras”, (ii) se evite una equiparación indebida de los conceptos de discriminación y trato diferenciado ilícito, y (iii) los consumidores afectados puedan diferenciar cual es el trasfondo de una conducta de esta naturaleza, diferenciándola con mayor facilidad de supuestos discriminatorios.

Por último, los términos en los que se propone esta modificación no expone a los proveedores a situaciones en las que su reputación o estabilidad económica se vean afectadas, puesto que la sociedad y la Administración Pública no castigan la diferenciación por motivos subjetivos con la misma severidad que aquellos casos en los que media uno o más de los Motivos Prohibidos.

- **Modificación del supuesto que prohíbe la discriminación en el consumo**

“38.3 El trato diferenciado que, además de no fundarse en causas objetivas y razonables, se sustente en el origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole de los consumidores configura infracción a la prohibición de discriminación. El consumidor afectado puede encontrarse en una etapa preliminar, dentro o expuesto a una relación de consumo.”

Al respecto, debemos indicar el tipo infractor que se propone en este numeral guarda relación con el desarrollo actual del concepto de discriminación, este es, que siempre estará asociada a uno o más de los Motivos Prohibidos. De esta manera, se resuelve el

sinfín de interpretaciones y cuestionamientos que surgen cada vez que se intenta dar un significado “adecuado” a las normas de consumo; evitando, además, que la Administración Pública incurra en acciones que pueden tener consecuencias negativas y de mayor gravedad para los actores involucrados, tal como ha ocurrido con la adopción del nuevo criterio.

Así también, se puede apreciar que se mantiene una lista “números apertus” de los Motivos Prohibidos, en la medida que la evolución y desarrollo de la sociedad permite la concepción de nuevos supuestos (como la orientación sexual, identidad y expresión de género, etc.) en los que los derechos de los consumidores podrían verse afectados y, por ende, requieran una protección adecuada de parte del INDECOPI.

En ese contexto, habiendo justificado cada una de las modificaciones propuestas, corresponde que indiquemos los motivos por los cuales consideramos que resultan el medio idóneo para resolver los problemas descritos en el presente artículo:

- Contienen el desarrollo actual de las categorías jurídicas objeto de análisis (igualdad y no discriminación) y establecen una redacción flexible en puntos determinados (listados no taxativos), características que evitarían interpretaciones erróneas y dotarían a la norma de vocación de permanencia, pues tiene mayor grado de adaptabilidad.
- El análisis costo – beneficio de la iniciativa legislativa, permite demostrar que (i) los consumidores y proveedores serán los más beneficiados en un mediano y largo plazo, pues se salvaguardan adecuadamente sus derechos, (ii) el impacto a nivel social será positivo, pues la Administración podrá ejercer con mayor asertividad sus funciones fiscalizadoras y de sanción, lo que ocasiona, a su vez, que los consumidores vean una protección idónea de sus derechos, y (iii) se evitan interpretaciones lesivas para las partes involucradas.

- No implica cambios adicionales en nuestro ordenamiento jurídico, sino que solo se acoplaría las normas de protección y defensa del consumidor al contenido actual de las categorías jurídicas objeto de análisis.

Sin embargo, pese a que las razones expuestas, tenemos plena consciencia de que las modificaciones propuestas implicarían una serie de debates legales y políticos sobre su necesidad, situación que, durante el tiempo que perdure, puede lacerar los intereses de los involucrados, es decir, de los consumidores y proveedores. Sobre esto último, cabe indicar que, si bien una solución temporal puede ser que la Sala deje sin efecto el nuevo criterio e indique que el tipo infractor denominado “trato diferenciado injustificado” sigue vigente, consideramos que no va resolver el problema de fondo, pues bastaría con que una nueva conformación de la Sala cambie nuevamente de opinión, generándose así un ciclo sin fin. Por ello, en el siguiente apartado propondremos una alternativa integral que podría complementar lo señalado precedentemente.

1.1. Los sistemas de compliance en materia de consumo

Una medida complementaria e integral en materia de discriminación en el consumo es el establecimiento de sistema de cumplimiento normativo de protección al consumidor, los mismos que no solo permitirán “soportar” el tiempo que duren los debates políticos y legales respecto a la necesidad de modificar el artículo 38 del Código, sino que incentiva una mejoría en todo el sistema y permite que el tipo infractor resulte residual.

Además, el Estado peruano tiene interés en impulsar este tipo de sistemas, tal y como puede observarse con la promulgación del Decreto Supremo 185-2019-PCM que aprobó el Reglamento que promueve y regula la implementación de programas y productos de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial. Así, en su artículo 3.1 define que un programa (sistema) de cumplimiento normativo en los siguientes términos:

Conjunto de políticas y procedimientos implementados por un proveedor a fin garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas de protección al consumidor y publicidad comercial. Los programas de cumplimiento tienen como objetivo detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento de la normativa de parte de los proveedores, así como implementar medidas correctivas y preventivas que mejoren la gestión interna de los procesos de fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio, suministro de productos o prestación de servicios de cualquier naturaleza para los consumidores.

En ese contexto, si bien los programas de cumplimiento se ven con mayor frecuencia en el ámbito penal e incluso financiero¹⁵, en materia de discriminación en el consumo existen razones particulares que impulsan su promoción, en la medida que (i) es una conducta de mayor gravedad que puede vulnerar con mayor frecuencia el derecho fundamental a la igualdad y el mandado no discriminación, (ii) en la actualidad no está en debate su ilegalidad, y (iii) no hay controversia respecto a que es una conducta proscrita para los proveedores.

Por lo expuesto, consideramos que existen razones suficientes para impulsar los sistemas o programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor, en la medida que genera una serie de consecuencias positivas para el sistema y, por ende, para sus principales actores involucrados.

¹⁵ En el ámbito financiero puede revisarse la Resolución SBS N° 272-2017 que aprueba el Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos.

CONCLUSIONES

1. El derecho a la igualdad no solo tiene como finalidad que las personas sean tratadas como iguales, sino también que aquellas que se encuentran en una situación similar sean asistidas en igualdad de condiciones. De ahí que, se afirme que este derecho implica un tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales.
2. La discriminación es un acto mediante el cual una persona trata de manera diferente a otra, basándose en alguno de los Motivos Prohibidos, es decir, afectando su dignidad personal. Este tipo de conductas no han sido ajenas a las relaciones de consumo, por lo que, a nivel normativo, el mandato de no discriminación ha sido recogido como derecho de los consumidores y como deber de los proveedores en el Código.
3. El trato diferenciado como género, se divide en dos (2) especies: el permitido, denominado trato diferenciado lícito o diferenciación y el que debe ser prohibido o trato diferenciado ilícito; no obstante, dentro de este último encontramos una especie particular calificada como discriminación en el consumo, la cual es mucho más grave que los tratos diferenciados ilícitos comunes, pues afecta también la dignidad de las personas. Este fue el criterio adoptado por la Sala hasta la emisión de la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24.07.2019, debido a que en este pronunciamiento se suprimió la existencia del trato diferenciado ilícito.
4. El cambio de criterio refleja un análisis conceptual erróneo, en la medida que se confunden los conceptos de igualdad y discriminación, pues este último siempre está asociado a uno o más Motivos Prohibidos. En ese sentido, era necesario que la Sala considere el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que han tenido dichos conceptos.
5. El razonamiento seguido por la Sala es redundante, en la medida que, establecer que existen grados de discriminación y que las prácticas más gravosas están asociadas a los Motivos Prohibidos, implicaría que la discriminación leve solo sea justificable en los

casos en los que el trato diferenciado no se sustenta en dichos motivos, es decir, cuando se presente el tipo infractor denominado “Trato diferenciado ilícito”.

6. La sistematización del “trato diferenciado” en nuestro ordenamiento jurídico permite establecer que no toda vulneración al principio de igualdad califica como discriminación.
7. Existe la necesidad establecer una distinción entre tipo infractor asociado a la discriminación y el trato diferenciado ilícito, debido a que el cambio de criterio afecta negativamente a (i) los proveedores, pues la equiparación indebida una conducta que solo vulnera el principio de igualdad con un acto discriminatorio, lacera su reputación e impacta directamente en su economía, y (ii) los consumidores, dado que la unificación de un único tipo infractor, complejiza la dinámica probatoria que se ha venido desarrollando en los casos de discriminación en el consumo.
8. El criterio adoptado por la Sala no desincentiva que los proveedores incurran en actos discriminatorios, sino que, por el contrario, podría impulsar la materialización de incentivos perversos que les permitan evitar las consecuencias económicas adversas que genera dicho criterio.
9. La alternativa de solución que cuenta con mayor viabilidad es la modificación integral del artículo 38 del Código en los términos propuestos en el presente artículo; no obstante, considerando que esta medida puede tardar en implementarse, una solución complementaria e integral es la incorporación de sistemas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor.

REFERENCIAS

1. Bibliografía

Alcántara, O., & Carranza, C. (2019). Discriminación de mujeres en el consumo: el adiós a la galantería. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 65-75.

Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Amaya, L. (24 de Mayo de 2016). Evaluación de la funcionalidad y efectividad de los procedimientos administrativos conducidos por el Indecopi para sancionar conductas de trato discriminatorio de índole racial en establecimientos abiertos al público dedicados a actividades de esparcimiento.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Resolución 2200A (XXI). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York, Estados Unidos de América.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). Resolución 217 A (III). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. París, Francia.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1996). Resolución 2200 A (XXI). *Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales*.

Bregaglio, R. (2014). Alcances del mandato de no discriminación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En E. Salmón, & R. Bregaglio, *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pág. 78). Lima: IDEHPUCP.

Bustamante, L. (1977). Bases preliminares para una conceptualización doctrinaria del Derecho Social. *Apuntes. Revista de Ciencias Sociales*, 51-89.

Covarrubias, I. (17 de Enero de 2018). *La economía si tiene quien la escriba*. Obtenido de <https://covarrubias.eumed.net/politicas-perversas-e-incentivos-perversos/>

De Cabo, C. (2001). Sobre el concepto de ley. *Teoría y realidad constitucional*, 419-423.

Defensoría del Pueblo. (2007). *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Lima.

Defensoría del Pueblo. (2009). *Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Lima.

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

Democrático, C. C. (29 de Diciembre de 1993). *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú.

- Díaz, J. (2015). ¿Qué clase de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional? *Ius et Praxis*, 317-372.
- Durand, J. (2016). El Código de Protección y Defensa del Consumidor, retos y desafíos para la promoción de una cultura de consumo responsable en el Perú. *Equipo de Derecho Mercantil*, 94-135.
- Figuerola, E. (2015). El principio de igualdad constitucional. Límites al trato diferenciado. *PRAECEPTUM*, 9-30.
- Higa, C. (14 de Febrero de 2019). *LP. Pasión por el Derecho*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/criticas-carga-prueba-discriminacion-proteccion-consumidor/>
- Holmstrom, B. (1982). Moral hazard in teams. *The Bell Journal of Economics*, 324-340.
- Huerta, L. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, 308.
- Lengua, A., & Bregaglio, R. (2020). ¿Dijo que sí? El camino del matrimonio igualitario en el derecho internacional de los derechos humanos. *Themis*, 5.
- Moráis, J. (2006). La protección de los consumidores en la Unión Europea: ¿Mito o Realidad? *Criterio Jurídico*, 243-266.
- Murillo, J., & Cadillo, Y. (2020). Every rose has its thorn...Los actos de discriminación en el consumo con base en estereotipos sobre la mujer como consumidora a propósito de la dividida Resolución N° 2758-2019/SPC-INDECOPI. *Actualidad Jurídica*.
- Organización de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 2009). *Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del alto Comisionado*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/aboutus/pages/racialdiscrimination.aspx>
- Rey, F. (2017). Igualdad y Prohibición de Discriminación: De 1978 a 2018. *UNED. Revista de Derecho Político*, 125-171.
- Rodríguez, G. (2017). Se reserva el derecho de admisión: apuntes de Derecho y Economía de la discriminación hacia los consumidores. En AA.VV. *Temas actuales del Derecho del Consumidor*. Lima: Normas Jurídicas.
- Rodríguez, J. (2007). ¿Qué es la discriminación y cómo combatirla? En M. Carbonell, J. Rodríguez, R. García, & R. Gutiérrez, *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política* (págs. 57-96). Mexico D.F.: Jano S.A. de C.V.
- Torres, A. (20 de Marzo de 2009). *Estudio Aníbal Torres Abogados*. Obtenido de <https://www.ettorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html>
- Vargas, R. (19 de Mayo de 2019). *El Heraldo de Aguascalientes*. Obtenido de <https://www.heraldo.mx/incentivos-perversos/>

2. Jurisprudencia

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad. (12 de Noviembre de 2018). Resolución N° 3082-2018/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad. (11 de abril de 2019). Resolución N° 0070-2019/SDC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad. (21 de Enero de 2019). Resolución N° 0176-2019/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad. (28 de Enero de 2019). Resolución N° 0241-2019/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (28 de Noviembre de 2016). Resolución N° 4509-2016/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual . (2019). Lineamientos sobre protección al consumidor.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual . (23 de Diciembre de 2019). Resolución N° 3649-2019/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2015). Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del INDECOPI. Lima, Lima, Perú. Recuperado el 22 de Mayo de 2020, de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4973>

Tribunal Consitucional. (14 de Agosto de 2002). Sentencia del Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional. (15 de Junio de 2011). Sentencia del Tribunal Constitucional.