

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**INFORME JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN 0628-2018/SPC-INDECOPI
EXPEDIENTE 03-2017/ILN-CPC-SIA**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **ABOGADA**

Autor

SUSANA MERCEDES GALLO ALZAMORA

Revisor

ALEJANDRO MARTÍN MOSCOL SALINAS

Lima, 2021

RESUMEN

Por medio del presente documento hemos avizorado diversos problemas jurídicos que giran en torno a un caso de discriminación en el consumo ocurrido en el 2016, y por el cual principalmente hemos considerado pertinente realizar un análisis robusto en lo referido a temas como: 1) la diferencia entre el trato diferenciado ilícito y un trato discriminatorio, 2) aspectos legales referidos a la actividad inspectiva de la Administración Pública; y, por último, 3) la pertinencia y necesidad de la imposición medidas correctivas.

En ese sentido, luego de realizar un análisis extensivo de los hechos, hemos consultado variada doctrina nacional y extranjera con respecto a los puntos antes señalados, así como una revisión de temas desarrollados por nuestro Tribunal Constitucional y otros precedentes de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI que han sido de utilidad para esclarecer el panorama del contexto en el cual se desarrolló dicho caso, y que a su vez, nos permite observar el panorama actual con una óptica más crítica, y lo que nos ha permitido llegar a distintas conclusiones con respecto a los problemas jurídicos planteados, algunos de los cuales ya han venido siendo regulados; no obstante, aún observamos puntos de mejora en la regulación, a efectos de desalentar este tipo de infracciones que suponen una especial afectación a los derechos humanos de los consumidores.

PALABRAS CLAVE: Consumidor | Discriminación | Inspección | Desistimiento |
Medidas Correctivas

Índice

1. Introducción	7
2. Identificación de los hechos que se desprenden del caso	8
2.1 Con respecto al expediente N° 255-2016/ILN-CPC.....	8
2.2 Con respecto al Expediente N° 003-2017/ILN-CPC-SIA	13
3. Identificación del problema o los problemas jurídicos del caso	17
3.1 Sobre el acto discriminatorio	17
3.2 Sobre la validez del acta de inspección.....	17
3.3 Sobre la graduación de la multa impuesta	18
4. Identificación del marco jurídico aplicable al caso	18
5. Lineamientos para el análisis del caso	20
5.1 Derechos Constitucionales afectados en el caso.....	20
5.2 Aplicación del Derecho en el caso.....	22
6. Análisis Jurídico	23
7. Conclusiones	38
8. Recomendaciones	39
9. Bibliografía	40

“A mis padres y hermano,

que son mi familia,

donde la vida comienza

Y el amor nunca termina”



Agradecimientos

Quiero agradecer a Dios en primer lugar, por darme la fortaleza y confianza para creer en mí misma y trabajar por mis objetivos. A mis padres y hermano por su amor y apoyo incondicional para ir tras mis sueños.

A mis amigos y familia, con sus palabras de aliento para continuar adelante en este bello camino.

Asimismo, quiero agradecer al profesor Alejandro Moscol por su orientación y ayuda durante la elaboración del presente trabajo.



ABSTRACT

Through this document, we have envisioned various legal problems that revolve around a case of discrimination in consumption that occurred in 2016. Mainly, we have considered pertinent to carry out a robust analysis regarding issues such as: 1) the difference between illicit differential treatment and discriminatory treatment, 2) legal aspects related to the inspection activity of the Public Administration; and, finally, 3) the relevance and necessity of imposing corrective measures.

In this sense, after conducting an extensive analysis of the facts, we have consulted various national and foreign doctrine with respect to the points mentioned above. We have as well reviewed issues developed by our Constitutional Court and other precedents of the Specialized Chamber for Protection of the Consumer of the Tribunal for the Defense of Competition and Intellectual Property of INDECOPI that have been useful to clarify the panorama of the context in which said case was developed. In turn, this has allowed us to observe the current panorama with a more critical perspective, and to reach different conclusions regarding the legal problems raised, some of which have already been regulated. However, we still observe points of improvement in the regulation, in order to discourage this type of infraction that involves a special impact on the human rights of consumers.

KEY WORDS: Consumer | Discrimination | Inspection | Withdrawal | Corrective Measures

1. Introducción

Pese a los diversos esfuerzos interinstitucionales de diferentes entidades públicas, el problema de la discriminación sigue siendo un lastre social muy arraigado en nuestra sociedad, el cual está presente en distintos ámbitos de la vida cotidiana, es decir, en el marco del desarrollo de actividades laborales, sociales e incluso en relaciones comerciales y/o de consumo. Es sobre este último escenario en específico que centraremos nuestro análisis jurídico, pues resulta imperioso realizar un estudio adecuado sobre los aspectos legales a tenerse en cuenta, en el marco de una infracción de los derechos del consumidor, referidos al derecho de no ser discriminado.

Y es que, como podremos observar más adelante, este tipo de infracciones en las relaciones de consumo pueden darse de forma tan veloz que, en la gran mayoría de los casos, aquellos que puedan verse afectados no pueden contar con elementos probatorios suficientes para realizar las denuncias correspondientes para desalentar dichas conductas.

Ante ello, por medio del presente trabajo hemos abordado distintos problemas jurídicos que pueden darse en el marco de un procedimiento administrativo sancionador ante el INDECOPI tras una denuncia de parte sobre discriminación por temas de identidad sexual, la misma que pese a que el afectado llegó a un acuerdo conciliatorio con la denunciada, y en consecuencia, el denunciante se desistió de la denuncia, este ente consideró adecuado proseguir de oficio con la denuncia, en tanto que, luego de considerar los hechos expuestos y verificados en una inspección posterior al local comercial de la denunciada, señaló contar con indicios de afectación de intereses colectivos y difusos.

En ese sentido, luego de revisar distintas opiniones de juristas especialistas en la materia, sentencias del Tribunal Constitucional y resoluciones de la Sala Especializada en Protección al Consumidor de INDECOPI, es que hemos llegado a conclusiones ligadas a la tratativa de las infracciones sobre discriminación tomando en cuenta aspectos ligados a la actividad probatoria, la licitud de las actividades de fiscalización que ostenta el INDECOPI, la necesidad y proporcionalidad de las multas y medidas correctivas que ordene esta entidad, y por supuesto, identificamos puntos de mejora para la regulación, a efectos hacer más eficiente la lucha contra la discriminación, sea cual sea su motivo.

INFORME JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN 0628-2018/SPC-INDECOPI

Datos generales de la Resolución:

N° de la Resolución	0628-2018/SPC-INDECOPI.
Áreas del Derecho sobre las cuales versa el contenido de la resolución	Derecho del Consumidor
Expediente	003-2017/ILN-CPC-SIA
Denunciante	De oficio
Denunciado	Gourmet y Eventos El Aguaje S.A.C.
Instancia	Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

2. Identificación de los hechos que se desprenden del caso

2.1 Con respecto al expediente N° 255-2016/ILN-CPC

Con fecha 01 de setiembre de 2016, el señor Anderson Castañeda Lozada (en adelante, “el denunciante”) procede a denunciar, ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI – sede Lima Norte (en adelante, “la Comisión”), a la empresa Gourmet y Eventos El Aguaje S.A.C. (en adelante, “la denunciada”), ubicada en Av. Miguel Grau N° 191, distrito de Puente Piedra, provincia y departamento de Lima; en tanto que, el día 27 de agosto de 2016, el denunciante se acercó al local comercial de la denunciada, no obstante el personal de seguridad de dicho establecimiento le negó el acceso y le ordenó vaya a caja para la devolución del importe pagado por su boleto de entrada, sin brindarle razón alguna de esta acción, pese a que el denunciante se lo solicitó. En ese sentido, el denunciante se acercó a caja a preguntar el porqué de dicha acción, a lo que no le dieron respuesta, y por el contrario se limitaron a ofrecerle la devolución del dinero pagado, por lo cual, el denunciante les solicitó el libro de reclamaciones, a lo cual le respondieron que la persona encargada no se encontraba y que por tanto no podían dárselo; de igual forma,

el denunciante solicitó se emita la boleta de venta correspondiente, a lo cual se negaron señalando que no habría boleta. Además, el denunciante señala que ante dicha situación procedió a grabar la situación con su celular, y que el personal de seguridad al darse cuenta de ello, intentó quitarle el celular, a lo cual manifiesta fue un intento de robo y que por dicha razón se retiró del local.

Es por ello que, el denunciante señala que los hechos relatados en la denuncia demuestran que hubo discriminación en contra de su persona al ser esta una chica travesti, lo cual contraviene lo señalado en nuestra Constitución Política.

En esa línea de ideas, el denunciante solicitó a la Comisión se sirvan admitir la presente denuncia, dar el trámite correspondiente e imponerle a la denunciada, la medida correctiva de cierre de local y pago de indemnización de S/ 5,000.00 nuevos soles a su favor, para lo cual adjuntó un CD con el video de los hechos, en calidad de medios probatorios.

Mediante Carta N° 123-2016/ILN-CPC-INDECOPI, de fecha 02 de diciembre de 2016, la Secretaría Técnica de la Comisión le informó a la denunciada que, habría designado dos funcionarios para que puedan realizar una inspección en su establecimiento ubicado en Av. Miguel Grau 191, distrito de Puente Piedra, provincia y departamento de Lima; a efectos de verificar los hechos denunciados en el expediente N° 255-2016/ILN-CPC, ello con arreglo al Decreto Legislativo N° 807 – Facultades Normas y Organización del INDECOPI.

Mediante Acta de Inspección, de fecha 02 de diciembre de 2016, los funcionarios de la Secretaría Técnica de la Comisión dejaron constancia que, se constituyeron en el establecimiento comercial de la denunciada, y que al dirigirse a la puerta de ingreso del local, observaron que el personal de seguridad impidió el ingreso al local a una persona, señalando que por política de la empresa no podía ingresar pues esta persona era travesti, a lo que los funcionarios del INDECOPI preguntaron a dicho personal por qué dicha persona no podía ingresar al local, a lo que este contestó que era política de la empresa y que las razones ya se le habían brindado a dicha persona. Luego, los funcionarios del INDECOPI se acreditaron como tales, en labor de supervisión, y solicitaron al personal de seguridad informen al encargado del local, para proceder con la inspección y posterior levante del acta correspondiente.

En ese ínterin, los funcionarios del INDECOPI solicitaron a la persona que fuera impedida de ingresar al local, que se identificara y, esta a su vez señaló que el personal de seguridad le impidió el ingreso por ser travesti.

Posteriormente, se presentó el señor Carlos Miguel Neyra Carrasco, quien señaló ser asistente de administración de la denunciada, para efectos de proceder con la inspección; y este indicó que el miembro de seguridad es nuevo y que además es su primer día, por lo que habría invocado la política de la empresa del anterior empleador donde laboraba, ya que en el local de la denunciada no se practica dicha política y que se limitan a impedir el ingreso únicamente a menores de edad. Luego, los funcionarios del INDECOPI, solicitaron cumpla con exhibir el libro de reclamaciones del local comercial, a lo que el señor Neyra, respondió que este se encontraba en la oficina de administración del local, por lo que no era posible presentarlo en dicha diligencia.

Mediante Resolución N° 01, la Comisión admitió a trámite la denuncia por los siguientes:

a) El hecho que la denunciada haya impedido el ingreso del denunciante a su establecimiento debido a su opción sexual califica como una posible infracción a la prohibición de los proveedores a discriminar a los consumidores u personas expuestas a la relación de consumo, por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, de acuerdo al artículo 38.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, “el Código”).

b) El hecho que la denunciada haya impedido el ingreso del denunciante a su establecimiento, correspondería a una posible infracción a la prohibición de los proveedores a excluir personas sin mediar motivos de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares, de acuerdo al artículo 38.2 del Código.

c) El hecho que la denunciada haya negado la entrega del libro de reclamaciones al denunciante, configuraría una posible infracción al deber de poner a disposición de los consumidores el libro de reclamaciones cuando estos así lo soliciten, de acuerdo al artículo 152 del Código.

d) El hecho que no haya entregado la boleta de venta al denunciante, a efectos de acreditar el pago realizado para ingresar al local comercial, calificaría como una posible infracción al deber de idoneidad, de acuerdo al artículo 19 del Código.

e) El hecho que el personal de seguridad de la denunciada haya pretendido arrebatarle el celular al denunciante, calificaría como una posible infracción al deber de idoneidad, de acuerdo al artículo 19 del Código.

En ese sentido, la Comisión mediante dicha resolución corre traslado de la denuncia y a su vez, requiere a la denunciada, a efectos que esta cumpla con presentar sus descargos y copia del video de vigilancia de fecha 27 de agosto de 2016, en el horario donde se evidencie los hechos denunciados.

Con fecha 19 de diciembre de 2016, la denunciada presentó sus descargos señalando que su negocio se dedica a la venta de comidas de la selva y presentación de espectáculos de dicha región, siendo que esta los fines de semana cuenta con horarios nocturnos para la presentación de espectáculos que contienen la presentación de artistas, se limita el ingreso al establecimiento a las personas menores de edad, debido a que en el local se venden bebidas alcohólicas, enfatizando que en dicho local no hay restricción de ingreso por motivos de religión, color, sexo o de alguna otra característica, salvo esta no contara con su DNI. Asimismo, la denunciada señala que, del video presentado por el denunciante, si bien se observa que se le impide el ingreso, no se señala que este se deba por motivos de color, religión, sexo u otro, y que probablemente el motivo haya sido que el denunciante no portaba su DNI en ese momento. Además, la denunciante señala que otro impedimento para el ingreso al local sería el aforo permitido por cuestiones de seguridad, y remarcó que, en el video, el personal de seguridad no explica el impedimento de ingreso, pero que además no se mostraba a la persona denunciante, ni que haya mediado algún tipo de daño, violencia o amenaza por parte del personal de seguridad en contra del denunciante. Por último, la denunciada señala que se solidariza con el denunciante, ofreciéndole las disculpas del caso y señalando que se ha procedido a sancionar al vigilante por impedir su ingreso de forma no justificada y por no proporcionar el libro de reclamaciones.

Sin perjuicio de lo antes señalado, la denunciada señala que es imposible presentar los videos de sus cámaras de seguridad de los acontecimientos del 27 de agosto de 2016, ya que la política de la empresa es borrar los videos cada 30 días, por temas de insuficiente almacenamiento, lo que los obliga a depurar los videos transcurrido dicho plazo. En adición a ello, solicitó a la Comisión, se sirva a citar a las partes a una audiencia de conciliación a efectos de llegar a una solución amistosa.

Mediante Resolución N° 02, la Comisión citó a las partes a una Audiencia de Conciliación, programada para el jueves 9 de febrero de 2017, en las instalaciones del INDECOPI- sede Lima Norte.

Con fecha 13 de febrero de 2017, la denunciada adjuntó un escrito por el cual presentó a la Comisión, videos en CD de eventos efectuados entre mayo de 2014 y setiembre de 2015, a efectos de demostrar que en el local concurren todo tipo de personas, sin distinción de género, raza y/o condición social. Además, adjunta una declaración jurada del señor Eduardo Nicolás Vilcabana Contreras, quien sería trabajador eventual de la denunciada, y que señala en dicho documento, ser una persona homosexual y que en su relación laboral nunca ha sido marginado o recibido algún tipo de trato discriminatorio.

Mediante Acta de fecha 09 de febrero de 2017, se dejó constancia que se llevó a cabo la audiencia de conciliación programada por la Comisión, no obstante, luego que las partes intercambiaran puntos de vista, estas no llegaron a ningún acuerdo conciliatorio.

Con fecha 09 de febrero de 2017, el denunciante presentó un escrito por el cual solicitó se acepte el desistimiento del procedimiento en contra de la denunciada, en tanto que estos habrían arribado a un acuerdo conciliatorio.

Mediante Resolución Final N° 146-2017/ILN-CPC, la Comisión analizó el escrito de desistimiento presentado el 9 de febrero de 2017 por el denunciante y los hechos señalados en el presente procedimiento, y tomando en consideración que en el presente caso existen indicios de vulneración al interés de terceros esta resolvió aceptar el desistimiento presentado por el señor Castañeda, y en consecuencia declarar la conclusión del procedimiento en contra de Gourmet y Eventos El Aguaje S.A.C., en los extremos que conllevan únicamente una afectación a este.

En ese sentido, la Comisión también resolvió abrir el expediente 003-2017/ILN-CPC-SIA, agregar copias de lo actuado en el presente procedimiento (Exp. 255-2016/ILN-CPC) y continuar de oficio el procedimiento en contra de Gourmet y Eventos El Aguaje S.A.C., por: i) impedir el ingreso de consumidores a su establecimiento, debido a su travestismo, lo que constituye una posible infracción al artículo 38.1 del Código, y 2) por negar la entrega del Libro de Reclamaciones a los consumidores del establecimiento, lo que constituye una posible infracción al artículo 152 del Código.

En ese mismo orden de ideas, la Comisión requirió a la denunciada que, en caso califique como microempresa o pequeña empresa, cumpla presentar documentos que acrediten el volumen de ventas o ingresos brutos percibidos en 2016, en todas sus actividades económicas; así como también solicitó acrediten el volumen de ventas o ingresos brutos percibidos en el establecimiento ubicado en Av. Miguel Grau 191, distrito de Puente Piedra, provincia y departamento de Lima, durante el 2016.

Asimismo, la Comisión le concedió a la denunciada un plazo de 5 días hábiles, a efectos que pueda presentar sus descargos, bajo apercibimiento de declararla en rebeldía.

2.2 Con respecto al Expediente N° 003-2017/ILN-CPC-SIA

Mediante Resolución N° 01, la Comisión resolvió declarar en rebeldía a la denunciada, en tanto que esta no habría cumplido con presentar sus descargos de forma oportuna, no obstante, señaló que la administrada podrá proporcionar sus descargos durante el transcurso del procedimiento administrativo.

Mediante Informe N° 162-2017/ILN-CPC de fecha 25 de julio de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión, habría realizado la evaluación de los hechos, así como el correspondiente análisis del caso por el cual, esta concluyó que estarían acreditados los hechos que corresponderían a las infracciones señaladas.

Mediante escrito de fecha 3 de agosto de 2017, la denunciada formuló observaciones al informe 162-2017/ILN-CPC, señalando que esta no habría sido notificada de este nuevo procedimiento administrativo, en ninguno de sus domicilios, asimismo, solicita se tome en consideración sus escritos presentados con fecha 19 de diciembre de 2016, 03 de enero y 02 de febrero de 2017, donde habrían presentado sus medios probatorios con respecto a la presente investigación y donde habría acreditado su condición de pequeña empresa. Asimismo, la denunciada señaló que en su local está prohibido cualquier tipo de discriminación, no obstante, reconoció que el día 2 de diciembre de 2016, en la inspección efectuada por el personal de INDECOPI, se detectó un acto discriminatorio, sin embargo, este se debió a una falta de capacitación de un personal de seguridad nuevo. Asimismo, la denunciada señaló que se encontraba capacitando a su personal de atención al público en atención diferenciada y moderna para respetar y proteger los derechos de sus consumidores, para ello adjuntó una constancia de capacitación expedida por la empresa

M&C Grupo de Negocios S.A.C, con respecto a la charla “Estrategias para mejorar la atención al Cliente sin actos discriminatorios”, de fecha 02 de agosto de 2017.

Mediante Resolución Final N° 705-2017/ILN-CPC, la Comisión resolvió lo siguiente:

- i) Que, corresponde sancionar a la denunciada con una multa de 10 UIT, por infracción al artículo 38.1 del Código, en tanto que se verificó que, al 2 de diciembre de 2016, en su establecimiento ubicado en Av. Miguel Grau 191, distrito de Puente Piedra, se impidió el ingreso de consumidores debido a su orientación sexual (travestismo).
- ii) Que, corresponde sancionar a la denunciada con una multa de 1 UIT, por infracción al artículo 152 del Código, en tanto que se verificó que, al 2 de diciembre de 2016, en su establecimiento ubicado en Av. Miguel Grau 191, distrito de Puente Piedra, se negó la entrega del Libro de Reclamaciones a sus consumidores.
- iii) Que, se ordene a la denunciada cumpla con las siguientes medidas correctivas de oficio: a) En el plazo de 10 días hábiles, la denunciada cumpla con capacitar a su personal sobre tópicos relacionados a discriminación e igualdad de condiciones en las relaciones de consumo. b) En el plazo de 5 días hábiles, la denunciada cumpla con colocar un cartel en la entrada de su local comercial ubicado en Av. Miguel Grau 191, distrito de Puente Piedra, de forma visible y destacable, con el mensaje “En este establecimiento no se discrimina por motivos de raza, religión, orientación sexual, condición física o económicas ni por ningún otro motivo”. c) De forma inmediata, la denunciada deberá cumplir con poner a disposición de los consumidores y a su solicitud el Libro de Reclamaciones de su establecimiento ubicado en Av. Miguel Grau 191, distrito de Puente Piedra.
Asimismo, la denunciada debería acreditar ante la Comisión, el cumplimiento de lo ordenado, bajo apercibimiento de imponérsele una multa coercitiva no menor a 3 UIT.
- iv) Que, se inscriba a la denunciada en el Registro de Infracciones y Sanciones del INDECOPI.

Con fecha 11 de septiembre de 2017, la denunciada presentó un escrito por el cual interpuso recurso de apelación contra la Resolución Final N° 705-2017/ILN-CPC, en tanto que, recalcó que los fines de semana en su local comercial se desarrollan

espectáculos en horario nocturnos, por lo que solo se permite el ingreso de personas mayores de edad, portando su DNI. Asimismo, otro factor que utilizan para limitar el ingreso al local es el aforo, por cuestiones de seguridad, y que para este caso no se habría explicado el por qué se le impidió el ingreso a la persona denunciante, pero que tampoco se muestra que se le haya discriminado al denunciante.

Además, la denunciada señala que el día de los hechos, 2 de diciembre de 2016, el local fue alquilado por Juan Elera Guerrero, quien a su vez trajo su personal de seguridad y anfitrionas.

Por otro lado, la denunciada señala que la persona que fuera impedida de ingresar el día de la inspección realizada por los funcionarios del INDECOPI, el señor Diego Repollo Villar, fue usado por estos para que busque ser rechazado su ingreso y así probar el acto discriminatorio, por lo que a su consideración el acta debería ser nula, en tanto que INDECOPI estaría actuando como juez y parte, al fabricar la prueba que origina la sanción, y que a su vez INDECOPI no tendría las facultades para realizar operativos, ni seguimientos a supuestas infracciones, ya que ello es función exclusiva de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público. Es en ese sentido que, la denunciada señala que dicha acta constituiría como prueba ilícita, ya que INDECOPI habría promovido el actuar del señor Repollo para generar una prueba obtenida de forma fraudulenta. Asimismo, la denunciada también señala que en el acta de inspección no se ha identificado al supuesto personal de seguridad que impidió el ingreso del señor Repollo, por lo que a su consideración el acta estaría viciada, por tanto, que la Autoridad no identificó plenamente al infractor.

Otro punto que invoca la denunciada, es que la sanción impuesta en la resolución apelada no se ajustaría al Principio de Razonabilidad, en tanto que considera que la sanción equivalente a 10 UIT resultaría desproporcional y abusiva, en tanto que la denunciada es una pequeña empresa, por lo que solicitan que, en el peor de los casos, la sanción sea reducida al mínimo, al haber acreditado encontrarse dentro del régimen MYPE.

Por último, la denunciada señala que el día de la inspección llevada a cabo por los funcionarios del INDECOPI, el local comercial fue alquilado al señor Elera, por lo que el Libro de Reclamaciones se encontraba en la oficina de administración, y para acreditarlo adjuntó copia simple del Contrato de Alquiler del establecimiento.

Mediante Resolución N° 0628-2018/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI, resolvió:

- i) Confirmar la Resolución 705-2017/ILN-CPC, emitida por la Comisión, en el extremo que halló responsable a la denunciada, por infracción al artículo 38.1 del Código, en tanto que quedó acreditado que esta incurrió en actos discriminatorios, al impedir el ingreso de consumidores al local comercial debido a su condición de transgénero.
- ii) Confirmar la Resolución 705-2017/ILN-CPC, emitida por la Comisión, en el extremo que halló responsable a la denunciada, por infracción al artículo 152 del Código, en tanto que quedó acreditado que esta incurrió en la falta de entrega del Libro de Reclamaciones a sus consumidores cuando este se le fue requerido.
- iii) Confirmar la Resolución 705-2017/ILN-CPC, emitida por la Comisión en la que se ordenó a la denunciada cumpla con las siguientes medidas correctivas de oficio: a) En el plazo de 10 días hábiles, la denunciada cumpla con capacitar a su personal sobre tópicos relacionados a discriminación e igualdad de condiciones en las relaciones de consumo. b) En el plazo de 5 días hábiles, la denunciada cumpla con colocar un cartel, por el plazo de 1 año calendario, en la entrada del local, con el mensaje *“En este establecimiento no se discrimina por motivos de raza, religión, transgénero, orientación sexual, condición física o económicas ni por ningún otro motivo”*. c) De forma inmediata, la denunciada deberá cumplir con poner a disposición de los consumidores y a su solicitud el Libro de Reclamaciones de su establecimiento inspeccionado.
- iv) Confirmar la Resolución 705-2017/ILN-CPC, emitida por la Comisión, en el extremo que sancionó a la denunciada con una multa total de 11 UIT: a) 10 UIT, por haber incurrido en actos discriminatorios y b) 1 UIT, por la falta de entrega del libro de reclamaciones a los consumidores, cuando este se le fue requerido.
- v) Confirmar la Resolución 705-2017/ILN-CPC, emitida por la Comisión, en el extremo que dispuso la inscripción de la denunciada en el Registro de Infracciones y Sanciones del INDECOPI.

3. **Identificación del problema o los problemas jurídicos del caso**

Luego de analizar la resolución materia de estudio, podemos apreciar que los problemas jurídicos relevantes vertidos en el presente caso, son los siguientes:

3.1 Sobre el acto discriminatorio

Problema principal:

¿La denunciada incurrió en actos de discriminación al impedir el ingreso del denunciante a su local comercial?

Problemas accesorios:

- (i) ¿Cuál es la diferencia entre trato diferenciado ilícito y trato discriminatorio?
- (ii) ¿El hecho que en el video presentado por el denunciante no haya mencionado el motivo del porqué se le negó el ingreso, desacreditaría la denuncia formulada por este?

3.2 Sobre la validez del acta de inspección

Problema principal:

¿El acta de inspección realizada por los funcionarios del INDECOPI se encontraba viciada?

Problemas accesorios:

- (i) ¿La diligencia de inspección y la resultante acta constituye un medio probatorio lícito para el procedimiento?
- (ii) ¿El hecho que los funcionarios del INDECOPI y el señor Repolledo hubiesen concertado su concurrencia en el local de la denunciada, desvirtuaría la diligencia de inspección?
- (iii) ¿El hecho que los funcionarios del INDECOPI no hayan identificado plenamente al personal de seguridad que impidió el ingreso del señor Repolledo al local de la denunciada, viciaría el acta de inspección?

3.3 Sobre la graduación de la multa impuesta

Problema principal:

¿Las multas impuestas a la denunciada son proporcionales a las infracciones cometidas, considerando sus ingresos totales en el 2016?

Problemas accesorios:

- (i) ¿De acuerdo a los criterios empleados por la Comisión y por la Sala, es proporcional las sanciones impuestas por las infracciones cometidas por la denunciada?
- (ii) ¿La Sala debió disminuir la multa impuesta en primera instancia, en atención al principio de proporcionalidad?
- (iii) ¿Las medidas correctivas impuestas por la Comisión y por la Sala son adecuadas para revertir los efectos de la conducta infractora y evitar que estos se produzcan nuevamente?

4. Identificación del marco jurídico aplicable al caso

Habiendo sistematizado los hechos relevantes del presente caso e identificados con precisión los problemas jurídicos, resulta indispensable seleccionar el marco normativo aplicable al caso concreto que nos permita la solución de los diversos problemas jurídicos identificados.

Por ello, resulta indispensable empezar por lo señalado en la Constitución Política del Perú de 1993, la norma que consagra los derechos afectados en el presente caso:

- Art. 1º a través del cual se reconoce que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.
- Art.2º; inc. 2) el cual versa respecto al derecho a la igualdad y no discriminación que tiene toda persona.
- Art. 65º el mismo que señala que el Estado defiende el interés de los consumidores.

En atención a lo dispuesto por la Constitución Política del Perú, nos parece fundamental resaltar que la solución a los problemas jurídicos del caso en cuestión deberá abordarse a la luz de los siguientes principios constitucionales:

- Principio de dignidad de la persona humana
- Principio de igualdad
- Principio de protección al consumidor
- Principio de legalidad

En virtud de lo anterior, resulta indispensable la aplicación de la normativa vigente en la fecha de los acontecimientos y en la que transcurre el procedimiento administrativo en materia de protección al consumidor, así como la defensa de los derechos del consumidor, particularmente respecto del acto de discriminación cuestionado y las funciones y facultades del INDECOPI, para efectos de realizar las diligencias de inspección necesarias para corroborar los hechos señalados. Así pues, podemos referir las siguientes normas:

- Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor, publicado en el diario oficial El Peruano el 02 de setiembre de 2010.
- Decreto Legislativo N° 807 - Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, publicado en el diario oficial El Peruano el 18 de abril de 1996.

Por otro lado, corresponde señalar que resultará necesaria la aplicación de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. La aplicación de la citada norma permitirá profundizar y comprender los alcances del procedimiento administrativo y respecto al problema jurídico referido a la diligencia de inspección y el acta de inspección resultante, a efectos de validar su licitud. Del mismo modo, el precitado cuerpo normativo permitirá determinar las circunstancias respecto a la motivación del acto administrativo emitido por la Sala.

5. Lineamientos para el análisis del caso

5.1 Derechos Constitucionales afectados en el caso

Para efectos de realizar un correcto análisis del presente caso, es necesario tomar en consideración los derechos reconocidos por nuestra Constitución Política vigente, en la cual, en el título referido a los derechos fundamentales de la persona, se señala lo siguiente:

“Artículo 1º.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

Con referencia a dicho artículo consideramos pertinente señalar que, el Tribunal Constitucional (2007, p. 3) se ha pronunciado sobre la dignidad humana señalando que:

“la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dinamismo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos.”

De igual forma, es imprescindible tomar en consideración lo señalado en el siguiente artículo:

“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

Y es que, aunque la Constitución no hace expresa referencia a la identidad de género en el mencionado artículo, debe tomarse en consideración que el Tribunal Constitucional (2014, p. 31) se ha pronunciado al respecto, señalando que:

“En este contexto, queda claro que el hecho de que la identidad se conforme no solo con el sexo biológico, sino con consideraciones subjetivas que son construidas en el seno de la sociedad, hace que sea necesario utilizar el término identidad de género, en lugar del clásico de identidad sexual, en tanto el primero permite incorporar mejor el haz de posiciones ius-fundamentales que se desprenden del reconocimiento de la subjetividad del individuo en la definición de su propia identidad. Así, el derecho a la identidad de género, entendido como el derecho de la persona a autoidentificarse con el género masculino o femenino, tal y como estos géneros son experimentados y vivenciados por el sujeto, permite incluir en su ámbito de protección los supuestos en los cuales el género asumido por el sujeto se desprende de su subjetividad situada socialmente y no del dato del sexo biológico registrado, como es el caso típico de las personas trans.”¹

Además, debe tomarse en cuenta que, en apartado referido al Régimen Económico, se encuentra el artículo 65 de la Constitución, en el cual señala lo siguiente:

“Artículo 65°.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.”

Por lo que, al realizar una interpretación integral de lo señalado en nuestra Constitución, podemos colegir que queda reconocido que el derecho de los consumidores. Este a su vez, es el principal sustento de la Ley N° 29571, Código de Defensa y Protección al Consumidor, por la cual se le considera a este derecho como un principio rector de la política económica y social del Estado, y que no lo limita únicamente a los ámbitos de información, salud y seguridad de los consumidores, sino que también engloban a todo derecho fundado en la dignidad humana, incluida la prohibición de discriminación.

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Expediente 00139-2013-PA (18 de marzo de 2014), Tribunal Constitucional. Pag. 31. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.pdf>

En ese orden de ideas, queda claro que los derechos constitucionales a tutelarse son el de la dignidad humana, el derecho a no ser discriminado por motivo de identidad de género, o de cualquiera otra índole; y el derecho que le asiste a toda persona en su calidad de consumidor.

5.2 Aplicación del Derecho en el caso

Como puede apreciarse, para efectos de justificar su decisión, la Sala recogió diversos preceptos desarrollados por la Convención Americana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de nuestro Tribunal Constitucional para efectos de desarrollar un análisis constitucional detallado sobre el acto discriminatorio por motivo de identidad de género, y del cual también procedió a analizar con observancia del artículo 38° del Código, de tal forma que le permitió efectuar una interpretación jurídica aplicando el método sistemático², para evidenciar que los hechos denunciados se engloban en los supuestos de hecho que señalan las normas.

Asimismo, la Sala procedió a analizar cuestiones referidas a las cargas de la prueba en este tipo de procedimientos, ya que el artículo 39 del Código señala que, el consumidor solo tendrá que acreditar indicios que ha recibido un trato desigual (discriminatorio), para que surja la carga del proveedor de acreditar que su actuación respondió a las circunstancias objetivas y razonables y de ese modo se exonere de responsabilidad; lo cual corresponde a la teoría de la carga probatoria dinámica, la misma que señala que la carga de la prueba en las relaciones de consumo recaen en quien se encuentre en mejor posición o condición para poder satisfacerla, pese a lo señalado por el artículo 171.2° Texto único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (Decreto Supremo N° 006-2017, 2017), vigente en dicho momento, el cual menciona que es responsabilidad de los administrados aportar las pruebas que permitan probar los hechos que estos afirman. Es en este caso que la Sala procede con la clase de interpretación del derecho denominado *favor legis*, en la cual la norma es entendida en el sentido de privilegiar ciertos preceptos por la finalidad que cumplen, es decir, justifican una especial protección basada en la desigualdad entre las partes de una relación jurídica

² Anibal Torres Vásquez señala que: “Los términos y proposiciones gramaticales considerados aisladamente no bastan para captar el verdadero sentido de la norma, pues este se obtendrá relacionando la ley con el todo legislativo para obtener el resultado esperado.”

(Torres, 2019:664), lo cual aplicado al Derecho del Consumidor, es evidente que es el consumidor quien se encuentra en desventaja en una relación de consumo frente al proveedor, por lo que es posible admitir indicios contingentes y pruebas circunstanciales a efectos de asegurar el cumplimiento de la protección de los derechos de los consumidores, de acuerdo a lo señalado en nuestra Constitución.

De igual forma, corresponde verificar la interpretación jurídica que efectuó la Sala con respecto a la licitud de la diligencia de inspección que practicaron los funcionarios de INDECOPI, en tanto que, esta fue discutida por la denunciada, señalando que la referida entidad estaría actuando en calidad de juez y parte. Al respecto, la Sala concluyó que la mencionada diligencia se realizó con arreglo a lo señalado en el artículo 32° del Decreto Legislativo N° 807, (1996); sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, con lo que realizó una interpretación declarativa de la norma, entendida esta como la apreciación estricta del texto literal, sin ampliar ni restringir su alcance, por lo que el sentido y el alcance de la norma se encuentra perfectamente expresado en el texto que se interpreta, de acuerdo con lo desarrollado por Torres (2019, p. 662).

6. Análisis Jurídico

Para realizar el análisis jurídico del presente procedimiento administrativo, corresponde por abordar todos los problemas principales y accesorios identificados en el punto 2 del presente trabajo, tomando en cuenta las normas y criterios vigentes en la fecha de la resolución que puso fin al referido procedimiento.

En ese sentido, tomar como punto de partida al presente análisis a los problemas referidos al acto discriminatorio, en tanto que este tema supone la mayor importancia en el presente procedimiento administrativo, para lo cual la primera interrogante que nos planteamos es si en verdad la denunciada incurrió en actos discriminatorios al negar el ingreso del denunciante a su local comercial, pero para ello será necesario volver a mencionar los hechos descritos por el denunciante y definir las figuras del trato diferenciado ilícito y trato discriminatorio para verificar si nos encontramos en alguno de estos supuestos normados.

Al respecto, corresponde señalar que conforme indica la denunciante en su escrito de denuncia de fecha 01 de setiembre de 2016, el personal de seguridad de la denunciada impidió su ingreso al local comercial y le ordenó dirigirse a caja para la devolución del importe que este había pagado, sin mediar explicación alguna, pese a que el denunciante solicitó los motivos. Es así que el denunciante infiere que este acto es un tipo de discriminación hacia su persona por ser esta una chica travesti, según señaló y aportó un video del día de los hechos en calidad de medio probatorio.

Entonces, con respecto al trato discriminatorio, como bien hemos señalado anteriormente, de acuerdo a nuestra Constitución Política, a toda persona le asiste el derecho a la igualdad, la misma que es mandato no solo para los organismos estatales, sino que también es aplicable a todos los miembros de la sociedad, lo que nuestro Tribunal Constitucional ha señalado como Eficacia Horizontal³, el cual estaría contenido en el artículo 38 de la Constitución Política, en tanto que, todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución, por lo que este deber es aplicable tanto para la esfera privada como la pública; no obstante, no podemos ignorar que la realidad demuestra que las sociedades se encuentran en procesos de maduración, por lo que diversas prácticas que agravan la dignidad humana aún están en proceso de erradicación, es en ese sentido que todavía podemos apreciar prácticas discriminatorias social y jurídicamente reprochables. En ese sentido, conviene señalar que para Espinosa-Saldaña (2010, p. 403):

“La igualdad incluirá los siguientes alcances: es a la vez un principio, un valor y un derecho. Se le reconoce el carácter relacional, con lo cual se hace referencia a la imposibilidad de pensar a la igualdad como un concepto en abstracto, sino en uno cuya materialización sea consecuencia de su vinculación con otra u otras situaciones en particular”.

Para efectos del presente informe, nos limitaremos a analizar las prácticas de discriminación en las relaciones de consumo, y es que estas se pueden presentar tanto antes de establecerse una relación de consumo, como en el desarrollo de esta.

³ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú el 26 de agosto de 2004, recaída en el Expediente 1848-2004-AA/TC y sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú el 14 de agosto de 2018, recaída en el Expediente 01643-2014-AA/TC.

En efecto, como bien apunta Amaya (2015, p. 24), la discriminación en el consumo se manifiesta cuando una persona que desea acceder a un bien o producto ofrecido por un proveedor, recibe negativas, rechazos u obstaculizaciones por motivos relacionados a su raza, sexo, orientación sexual o de cualquier otra índole, anotando además que, no tiene relevancia que el afectado perteneciera a un grupo mayoritario o minoritario, ya que de por sí, la conducta estaría consumada. Como podemos apreciar en esta definición, existen prácticas destinadas a impedir que se logre la relación de consumo y que estas obedecen a motivos fundados en la afectación de la dignidad humana.

Sumado a ello, consideramos importante señalar que la Defensoría del Pueblo (2007, p.116) ha identificado que existen diversos criterios para calificar como un hecho como discriminatorio: 1) Cuando no se aplican las mismas condiciones comerciales a los consumidores en situación de igualdad, y que este trato diferenciado se sustente en razones meramente subjetivas e injustificadas. 2) Cuando se ejerza la libertad de contratación sin respetar las normas de orden público, usando esta como sustento para poner en riesgo el principio de no discriminación. 3) El impedimento o negativa de venta o prestación de servicios, así como que esta se manifieste en la prestación de un servicio en un establecimiento abierto al público.

Por otro lado, nos referimos como trato diferenciado ilícito a toda conducta dirigida a evitar el acceso a bienes o servicios con motivos injustificados, irrazonables o subjetivos, de modo que se supone una arbitrariedad; no obstante, la razón de dicha conducta no responde a la vulneración de derechos relacionadas con la dignidad humana, sino que estaría limitada al derecho de igualdad únicamente.

Sin embargo, Julio Durand Carrión, expresidente de la Sala Especializada de Protección al Consumidor de INDECOPI, en sus votos singulares⁴ que, si bien es cierto la diferenciación está constitucionalmente admitida, debe tomarse en cuenta que el trato desigual no es discriminatorio cuando se funda en causas objetivas y razonables, y cuando existe un trato desigual que no sea razonable ni proporcional, nos encontramos frente a la

⁴ Resoluciones Nº 714-2013/SPC-Indecopi (21 de marzo de 2013), 2648-2013/SPC-Indecopi (30 de septiembre de 2013), 3497-2013/SPC-Indecopi (16 de diciembre de 2013), 3539-2013/SPC-Indecopi (18 de diciembre de 2013), 351-2014/SPC-Indecopi, (30 de enero del 2014), 1666-2014/SPC-Indecopi, (21 de mayo de 2014) y 1750-2014/SPC-Indecopi (28 de mayo de 2014), expedidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI.

discriminación, por lo que infiere que todo trato diferenciado ilícito constituye un acto de discriminación. Es importante señalar que, este razonamiento ha sido recogido por los integrantes de una más actual Sala, quienes en 2019, establecieron un cambio de criterio⁵ en relación al modo en el que deben analizarse las conductas donde exista un trato desigual que no se encuentre justificado de forma objetiva y razonable, estas se considerarán como un trato discriminatorio y por tanto, se cometería la infracción al artículo 38 del Código. En ese sentido, Delgado (2017, p. 191-203) ha señalado que cumpliendo un parámetro de razonabilidad, no es posible exigirle al consumidor denunciante que pruebe que el trato desigual recibido responde a una intención discriminatoria del proveedor, por lo que solo le correspondería acreditar la existencia del trato desigual, con lo que se trasladaría la responsabilidad al proveedor para que este acredite que su tras su actuar mediaron causas objetivas y razonables que justifiquen el trato. Claro está, el cambio de criterio se ha establecido años después de resuelto el presente caso, por lo que corresponde analizar el caso con el criterio anterior, el que consideraba como dos tipos infractores distintos entre la discriminación y el trato diferenciado ilícito. Pese a ello, la Sala también reconoce que, en los casos de discriminación en el consumo, pueden darse situaciones donde el trato desigual implique un mayor grado de afectación de la persona, lo cual será considerado para sancionar con mayor severidad.

Ese orden de ideas, corresponde tomar en cuenta que el artículo 39 del Código, el cual señala que la carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado, y como contraparte, corresponderá al proveedor del producto o servicio, acreditar que haya mediado una causa objetiva y justificada en el trato diferenciado; además, el mismo artículo señala que en los casos el proveedor demuestre la existencia de una causa objetiva y razonable, la parte denunciante deberá probar que dicha causa es en realidad un pretexto o simulación. Asimismo, el mismo artículo 39 señala que será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

Aclarado lo anterior, hasta este punto la conducta denunciada podría encontrarse dentro de lo señalado en los numerales del artículo 38 del Código, en lo referido al trato

⁵ Resolución 2025-2019/SPC, (24 de julio de 2019), Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI.

diferenciado ilícito, pues para toda exclusión de personas deben mediar causas de seguridad establecimiento o tranquilidad de sus clientes u algún motivo similar, y que, además, dicho cuerpo normativo señala que para efectos del trato diferente de los consumidores deben mediar causas objetivas y razonables, es decir, un trato diferenciado ilícito, en tanto que esta conducta no obedecería a motivos de trascendencia social y no afectaría la dignidad de la persona, sino a una mera arbitrariedad del personal de seguridad de la denunciada, ya que en el video adjunto a la denuncia no se hace mención al motivo por el cual se le niega al acceso al denunciante. Y es que, efectivamente, conforme opina Ramírez y Llaja (2011, p. 280), en la práctica los criterios establecidos para la probanza de denuncias de discriminación resultan barreras al acceso a la justicia para sancionar efectivamente estos casos, no obstante, El Estado tiene la obligación de combatir este fenómeno. Es de igual opinión Zelada (2019, p.24-27), quien mencionó que pese a que INDECOPI cuenta con un estándar que prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, este ente aún no cuenta con un mecanismo efectivo para sancionar conductas discriminatorias en ese sentido, dado a las dificultades del sistema de prueba que se mantiene en estos procedimientos, los cuales no están a disposición de todos y que deberíamos reevaluar para efectivizar la protección al consumidor en temas de discriminación.

Además, si bien es cierto está reconocido el derecho de los administrados a realizar las grabaciones que consideren adecuadas en procedimientos inspectivos a cargo de la Autoridad, en los que participen, existe la duda si es que es completamente lícito que los terceros, en el ámbito privado puedan realizar grabaciones frente a limitaciones que pudieran establecer los proveedores de bienes y servicios en el marco de su derecho de libertad de empresa y/o por su derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Para estos efectos, debe tenerse en cuenta que las limitaciones que puedan establecer los proveedores deben obedecer a causas proporcionales o no restrictiva de derechos. Por ejemplo, la prohibición de filmación dentro de una empresa financiera es totalmente coherente, proporcional y necesaria para salvaguardar los intereses de sus consumidores, en lo referido a su seguridad; también podría ser plenamente válido su aplicación en centros de teatro y cine, donde por el giro del negocio, estas limitaciones se fundamentan en el ánimo de evitar que se perjudique al proveedor y a los derechos de los autores que se exhiban en estos establecimientos. Sin

embargo, para nuestro caso concreto no resultaría proporcional establecer una limitación adicional para la acreditación de este tipo de infracciones.

En esa línea de ideas, INDECOPI⁶ ha reconocido la validez de la utilización de grabaciones, ya que estos resultan ser medios idóneos para acreditar hechos controvertidos que por su naturaleza resultan muy difíciles de probar, en el especial caso de supuestos de discriminación, ya que estos pueden presentarse de forma muy rápida en las relaciones de consumo. Asimismo, debe señalarse que por el principio de presunción de veracidad, recogido por la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrativos responden a la verdad que estos afirman, no obstante esta presunción admite prueba en contrario, por lo que aplicado a este caso, si bien es cierto podrían haber cuestionamientos acerca de la pureza u originalidad del video aportado por la parte denunciante, sin embargo, la denunciada no lo ha objetado así, ni tampoco ha presentado algún medio probatorio que permita desacreditarlo, por lo que la Autoridad debe valorar este medio probatorio en el análisis correspondiente a efectos de motivar su decisión.

En ese sentido, pasamos a analizar el medio probatorio adjunto a la denuncia, pues consideramos que si bien es cierto que, en el video presentado por el denunciante no se explican los motivos de la negatoria de ingreso al local comercial de la denunciada, debemos anotar que, en efecto este sirvió como indicio suficiente para que INDECOPI, en el marco de sus atribuciones, proceda a realizar la diligencia de inspección que finalmente sería pieza fundamental en el caso para resolver, acreditando la infracción denunciada por el denunciante, ya que como hemos anotado anteriormente, esta es una infracción de difícil probanza por la rapidez en que suceden los hechos.

Ahora bien, como segundo punto, corresponde desarrollar los problemas identificados que giran alrededor de la validez de la inspección y su acta resultante, elaborada por los funcionarios de INDECOPI, en tanto que la denunciada cuestionó su calidad probatoria, su legalidad y sus requisitos de validez.

De acuerdo a los hechos señalados anteriormente, la denunciada planteó en sus descargos que, a su consideración el acta de inspección realizada por los funcionarios de INDECOPI

⁶ Resolución N° 1029-2007/TDC-Indecopi (2007), la Sala de Defensa de la Competencia (SDC) señaló que: *“La acreditación de los hechos controvertidos puede hacerse empleando cualquiera de los medios probatorios idóneos. Los videos, en la medida que pueden ser empleados para grabar y perennizar un hecho, son documentos y por tanto medios probatorios típicos para acreditar los hechos alegados en un procedimiento”*.

se encontraría viciada ya que esta habría actuado como jueza y parte en el procedimiento, y que únicamente estarían facultadas para ser ejercidas por el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú, por lo que debemos analizar si la diligencia en sí respeta el Principio de Legalidad y si reúne los requisitos suficientes para su validez.

Al respecto, debemos señalar que, de acuerdo con Cassagne (2009, p.120 y 121), el Principio de Legalidad puede entenderse en varios sentidos, ya que, esta es una garantía a favor de las personas y también una restricción al ejercicio del poder público, pues le exige requisitos materiales y de forma para que la Administración Pública pueda interferir en la libertad jurídica de los particulares, y; a su vez, la Reserva de Ley debe entenderse como la máxima expresión del principio de legalidad en sentido estricto, ya que prescribe una regla superior en el plano constitucional que consiste en que determinadas materias solo pueden ser reguladas por leyes del Congreso, es decir ley formal-material y no por reglamento. Sobre este punto, Bermejo (2013, p. 129) también opina que, la reserva de ley puede interpretarse como una fórmula que sirve para garantizar constitucionalmente la competencia exclusiva de los Poderes legislativos, en lo que respecta a la regulación de ciertas materias en determinados asuntos o sectores.

Asimismo, en relación a dicho tema, Morón (2019, p.8) menciona que, las Autoridades Administrativas tienen a su cargo actos de instrucción, los cuales sirven para demostrar la veracidad de la información y documentos aportados en un procedimiento administrativo, en estos actos podemos encontrar a los testimoniales, declaraciones, inspecciones, peritajes, etc. Dicho autor, también resalta que la inspección debe regirse por el principio de legalidad, en tanto que la Autoridad Administrativa haga uso de esta siempre que se encuentre comprendida como atribución expresa en ley, además que, debe ser practicada mediante los instrumentos y fines que la ley le confiere.

Es de igual opinión Guzmán (2013, p. 689), quien señala que la Autoridad Administrativa podrá ordenar inspección con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento, en tanto que esta puede determinar preliminarmente si concurren circunstancias que justifiquen la iniciación de este.

Además, de acuerdo con Rebollo (2013, p.56), las diligencias de fiscalización responden a la actividad de la Administración Pública en la que se examinan las conductas realizadas por los administrados para efectos de lograr comprobar el correcto cumplimiento de los

deberes, prohibiciones, y limitaciones a que están sometidos y, en su caso, preparar la reacción administrativa frente a las transgresiones a las normas que se detecten.

En concordancia a ello, Maraví (2020, p.90) afirma que, la potestad de fiscalización es discrecional en el momento que se decide su iniciación o aplicación, no obstante, esta siempre estará bajo sujeción de las facultades y límites expresamente previstos en su marco legal aplicable y no en otras; es decir, estas limitaciones dotarían de predictibilidad y reducirían el espacio de la discrecionalidad de la Autoridad, sin embargo, ello no cambia el carácter discrecional de la decisión de inspeccionar

En ese sentido, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 807, Facultades normas y organización de INDECOPI⁷, señala expresamente que efectivamente las Oficinas, Comisiones o Salas del Tribunal del INDECOPI podrán ordenar la realización de inspecciones, a efectos de ser incorporadas al procedimiento administrativo.

En ese orden de ideas, resulta claro que la norma no ha previsto la participación conjunta del Ministerio Público o Policía Nacional del Perú para llevar a cabo este tipo de diligencias, por lo que podemos concluir que, INDECOPI se encuentra facultado para realizar este tipo de diligencias, en concordancia con el principio de legalidad.

Otro punto que discutió la denunciada en sus descargos es que, a su parecer, el INDECOPI se habría coludido con el señor Repollo, la persona que fuera discriminada en día que se practicó la diligencia de inspección, con el objetivo de perjudicar a la denunciada, y que esta actividad desvirtuaría la diligencia de inspección al no mediar la imparcialidad.

En principio debe señalarse que esta aseveración no fue acompañada con algún medio probatorio que pudiera acreditarla, por el contrario, el acta de inspección resultante de la diligencia fue firmada en señal de conformidad por el representante de la denunciada, acta en la cual se relató expresamente el hecho discriminatorio en agravio del señor Repollo y que el personal de seguridad de la denunciada calificó como política de la empresa. Asimismo, debemos remarcar que la denunciada no negó los hechos señalados

⁷ "Artículo 2.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión, Oficina o Sala del Tribunal del INDECOPI tiene las siguientes facultades:

c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. (...)"

en el acta, sino hasta el procedimiento administrativo llegó a segunda instancia, ya que los argumentos que utilizó en sus escritos presentados ante la primera instancia fueron que este personal de seguridad era nuevo y que estaría aplicando la política de la empresa anterior en la que trabajaba, y que esta no se ajustaba a las políticas de la denunciada, toda vez que esta señalaba ser respetuosa de la libertad sexual de sus trabajadores y consumidores.

En ese orden de ideas, debe tomarse en cuenta que el señor Repolledo firma el acta de inspección en calidad de persona afectada, pese a no ser parte en el procedimiento administrativo materia de análisis, no obstante, de acuerdo con Guzmán (2013, p. 536 y 537), está permitida la intervención de terceros en la actividad probatoria pese a que este no se incorpore al procedimiento, asimismo, este tercero tiene el deber de colaborar con la Administración siempre que no contravengan ni perjudiquen su libertad personal. Por lo que a manera de conclusión podemos observar que la intervención del señor Repolledo no desvirtuaría el acta, sino que más bien coadyuvó a la verificación de los hechos denunciados en un caso de difícil probanza.

Por otro lado, de acuerdo con lo señalado por Fernández (2002, p.497), los administrados pueden desvirtuar el valor probatorio de las actas resultantes de las actuaciones inspectoras en tanto acrediten la inexactitud o error de los datos incorporados a la misma, o bien acreditando que el inspector a cargo de la diligencia, hubiese realizado actividades que no tuvieran relación con los hechos que se hayan descrito como ciertos en el acta, en ese sentido, concluye señalando que la jurisprudencia española considera que la presunción de la veracidad de las actas de inspección que cumplan con los requisitos formales, solo podrán ser desvirtuadas por pruebas indubitadas, incontestables, fehacientes, o plenamente convincentes de las partes. Es de igual opinión Pacori (2017, p. 5), quien señala que las actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, no obstante estos hechos podrán ser contradichos por el administrado en tanto que, lo señalado en las actas contarán con su presunción *iuris tantum*, lo cual lo hace posible de ser controvertida a través de medios probatorios.

El último punto que la denunciada alegó como vicio en el acta de inspección es que la persona a cargo de la diligencia de inspección no cumplió con identificar al personal de seguridad que impidió el ingreso del señor Repolledo, al local comercial.

Al respecto, el artículo 241 y 242 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁸ vigente en dicho año señaló los deberes que deben cumplir la Autoridad para efectos de ejercer la actividad de fiscalización, así como los derechos de los administrados fiscalizados, donde se señala faculta a los administrados a efectos que puedan incluir sus observaciones en las actas correspondientes, pues como bien señala Morón (2019, p. 341), el administrado fiscalizado tiene el deber de suscribir el acta luego de revisarla cuidadosamente, ya que su firma sin alguna observación es un indicador de su conformidad con lo manifestado.

En efecto, el representante de la denunciada se limitó a señalar, a manera de observación, que la conducta expuesta por el personal de seguridad se debió a que este es nuevo y que la política a la que hace referencia es la de su anterior trabajo. Sin embargo, debemos tener presente lo mencionado por Delgado (2017, p.28), quien menciona que, la Sala ha establecido que los proveedores no pueden eximirse de su responsabilidad administrativa al señalar que las actuaciones y conductas de sus dependientes deban ser consideradas como de un tercero, ya que en estos casos aplica la responsabilidad vicaria establecida en el Código Civil⁹, por lo que el proveedor responde por las actuaciones de sus dependientes

⁸ "Artículo 241.- Deberes de las entidades que realizan actividad de fiscalización

241.1 La Administración Pública ejerce su actividad de fiscalización con diligencia, responsabilidad y respeto a los derechos de los administrados, adoptando las medidas necesarias para obtener los medios probatorios idóneos que sustenten los hechos verificados, en caso corresponda.

241.2 Las autoridades competentes tienen, entre otras, los siguientes deberes en el ejercicio de la actividad de fiscalización:

1. Previamente a las acciones y diligencias de fiscalización, realizar la revisión y/o evaluación de la documentación que contenga información relacionada con el caso concreto objeto de fiscalización.
2. Identificarse a requerimiento de los administrados, presentando la credencial otorgada por su entidad, así como su documento nacional de identidad.
3. Citar la base legal que sustente su competencia de fiscalización, sus facultades y obligaciones, al administrado que lo solicite.
4. Entregar copia del Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces al administrado al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado.
5. Guardar reserva sobre la información obtenida en la fiscalización.
6. Deber de imparcialidad y prohibición de mantener intereses en conflicto.

Artículo 242.- Derechos de los administrados fiscalizados

Son derechos de los administrados fiscalizados:

1. Ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.
2. Requerir las credenciales y el documento nacional de identidad de los funcionarios, servidores o terceros a cargo de la fiscalización.
3. Poder realizar grabaciones en audio o video de las diligencias en las que participen.
4. Se incluyan sus observaciones en las actas correspondientes.
5. Presentar documentos, pruebas o argumentos adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización.
6. Llevar asesoría profesional a las diligencias si el administrado lo considera.

⁹ Artículo 1981º.- Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

y/o subordinados en el desarrollo de las funciones encomendadas, toda vez que se encuentren dentro de los actos relacionados al negocio. De igual forma, la denunciada señaló en su escrito de descargos que, el día 02 de diciembre de 2016, fecha en la cual se dio lugar a la diligencia de inspección por parte de INDECOPI, el local comercial de la denunciada fue alquilado al señor Juan Elera Guerrero, y según señaló esta, llevó su personal de seguridad y anfitrionas, sin embargo, la Sala desestimó este argumento ya que, en la diligencia de inspección se apersonó el representante de la denunciada quien no señaló en ningún momento dicha situación, más aún trató de justificar el hecho infractor señalando que el personal de seguridad era nuevo, no obstante afirmó que dicha persona sí era subordinado de la denunciada, por lo que es perfectamente aplicable la responsabilidad vicaria, y por tanto, la denunciada es responsable por los daños causados por este.

Por otro lado, y aunque la denunciada no lo invocó en su escrito de descargos, debemos anotar que el hecho discriminatorio ocurrió antes que el funcionario de INDECOPI se presentara como autoridad frente a la administrada, no obstante, este procedió a registrar dicho hecho en el acta de inspección, lo cual a nuestra consideración es totalmente válido, en tanto que como bien señala Fernández (2002, p.247), si el inspector accede a un local abierto al público y observa una situación al alcance de cualquier usuario, en este caso no precisaría la previa identificación, pues esta incluso podría dificultar la tarea del mismo inspector, sin perjuicio de la obligación de permitir la participación del interesado.

Además, de acuerdo con Morón (2020, p.23), debemos tener en cuenta que la actividad administrativa de fiscalización se desarrolla bajo un enfoque de cumplimiento normativo, gestión y prevención del riesgo, así como la tutela de bienes jurídicos, por lo que debe quedar en claro que esta tiene como objetivo la verificación de la adecuación de los administrados al ordenamiento jurídico, mas no la punición de conductas infractoras; ya que, este es objeto del procedimiento administrativo sancionador.

En ese orden de ideas, no es posible desvirtuar el acta resultante de la diligencia de inspección, puesto que los hechos señalados no han sido observados en dicha acta, ni se ha acreditado con documento fehaciente que la inspección no cumplió con los requisitos que la ley le exige, o que los hechos ahí señalados no sean ciertos, y tampoco es eximente de responsabilidad alegar que el hecho discriminatorio se debió a un desconocimiento de la política de la denunciada, ya que es deber del proveedor asegurar que sus dependientes cumplan con brindar los bienes y servicios a los consumidores con respeto a sus derechos.

Ahora bien, conviene analizar los problemas identificados con respecto a la graduación de las multas impuestas y si es que las medidas correctivas ordenadas por la Comisión y por la Sala, cumplen los fines de revertir los efectos de la conducta infractora.

En el presente procedimiento materia de análisis, podemos apreciar que la Comisión decidió sancionar a la denunciada con una multa ascendente a 10 UIT por incurrir en actos discriminatorios y 1 UIT por la falta de entrega del libro de reclamaciones a los consumidores, las cuales fueron confirmadas por la Sala en segunda instancia. En ese sentido, corresponde analizar los criterios de graduación empleado tanto por la Comisión, como por la Sala para dar respuesta a la presente interrogante.

De acuerdo con el artículo 112 del Código, los órganos resolutivos del INDECOPI deben seguir una serie de factores para efectos de graduar las multas administrativas que imponen, entre los cuales los más empleados son el beneficio ilícito esperado, la probabilidad de detección, el daño resultante, los efectos adversos ocasionados en el mercado, y otros criterios que sean aplicables al caso concreto. De igual forma, Guzmán (2013, p.661 y 662) señala que, de acuerdo con el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, las sanciones a aplicarse deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse un conjunto de criterios como la gravedad del daño al interés público o el bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición o continuidad de la infracción, las circunstancias y el beneficio ilegalmente obtenido, así como la intencionalidad por parte del infractor. Son de la misma opinión Rebollo e Izquierdo (2015, p. 14), quienes señalan que:

“Generalmente, cada ley enumera una lista de circunstancias propias, aunque muchas de ellas se repiten en todas las leyes: el beneficio obtenido por la comisión de la infracción, el daño causado, el número de infracciones cometidas, la negligencia o intencionalidad del infractor, la posición dominante del infractor en el mercado, etc”.

Asimismo, debe tenerse en cuenta los principios de la potestad sancionadora administrativa, pues de acuerdo con Morón (2019, p. 416), la Autoridad Administrativa debe aplicar el principio de razonabilidad al momento de determinar la sanción aplicable al infractor a efectos que la sanción no sea desproporcional o irracional, lo cual conlleva al cumplimiento del test de razonabilidad: juicio de adecuación, juicio de necesidad y

juicio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que se resume a que esta sanción persiga la finalidad represiva y preventiva sobre las conductas infractoras, asimismo esta medida debe ser la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados y que no existen otras medidas sancionadoras que cumplan con igualdad de eficacia lo fines previstas para la sanción considerando las circunstancias del caso concreto.

Es en ese sentido que la Comisión, a efectos de graduar la sanción, debió tomar en cuenta los ingresos brutos del proveedor obtenido en ejercicio inmediato anterior a la expedición de la resolución, no obstante, este último no cumplió con adjuntarlos. Sin perjuicio de ello, la Comisión sí toma en cuenta que la denunciada se encuentra acreditada como microempresa en el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa – REMYPE, lo cual sí tomó en consideración en el cálculo de la multa, por lo que la Comisión llegó a la conclusión que correspondía multar a la denunciada con una sanción de 10 UIT por los actos de discriminación. Por otro lado, para graduar la sanción correspondiente a la infracción por la falta de disposición del Libro de Reclamaciones, la Comisión tomó en consideración el Decreto Supremo 006-2014-PCM (2014), por el cual se ordena que las sanciones por incumplimiento a obligaciones referidas al Libro de Reclamaciones deben determinarse de acuerdo a lo dispuesto en el Aplicativo de Cálculo de Sanciones Vinculadas al Libro de Reclamaciones, por lo que impuso la multa de 1 UIT por no poner a disposición de sus consumidores el Libro de Reclamaciones de su local comercial.

En ese sentido, la denunciada alegó en su escrito de descargo (en vía de apelación) que la multa impuesta afectaba gravemente su situación económica en tanto que esta era una pequeña empresa tratando de subsistir, por lo que consideró como abusiva y desproporcional dicha sanción, asimismo, señaló que en casos similares, INDECOPI impuso multas menores a la que se le impuso a la denunciada; en consecuencia, solicitó que en caso de ser sancionada, la multa sea reducida al mínimo, tomando en cuenta sus declaraciones juradas de impuesto a la renta del año 2015 y 2016, las cuales adjuntó a dicho escrito.

Tomando en cuenta todo lo antes mencionado, la Sala precisó que comparte los argumentos de la Comisión con respecto a la graduación de la sanción, en tanto que la infracción de discriminación generó graves perjuicios a los consumidores, ya que atentó contra su dignidad y su derecho a no ser discriminado por razón de identidad de género, y que ello además, generó serios daños en el mercado, en tanto que frustró las expectativas de los consumidores en relación a sus derechos que deben ser respetados. En ese sentido

la Sala señala que si bien es cierto la denunciada acreditó calificar como pequeña empresa, no obstante, ello no sería tomado en cuenta para graduar la sanción en casos donde se discute y sanciona actos discriminatorios. En ese orden de ideas, la Sala menciona que la multa por la infracción por actos discriminatorios debió ser incluso mayor, pero en atención al principio “*reformatio in peius*” recogido en el artículo 256.3 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no es posible imponer sanciones más gravosas para el sancionado en los casos que este impugne una resolución adoptada, por lo que en suma, la Sala vio limitada a confirmar la multa de 10 UIT por los hechos discriminatorios.

En ese sentido, corresponde señalar que, en 3 casos similares¹⁰, la Sala ha dispuesto multas ascendentes a 50, 5 y 25 UIT respectivamente; no obstante, en estas últimas dos, ha señalado que correspondía imponer una multa mayor, pero que en atención al principio “*reformatio in peius*” ello no era posible.

En ese orden de ideas, podemos inferir que la Sala, al considerar que este tipo de conductas son especialmente gravosas para la dignidad humana de los consumidores, corresponde imponer multas más elevadas, a efectos de desalentar las prácticas discriminatorias por parte de los proveedores de bienes y servicios.

Asimismo, con respecto a la naturaleza jurídica de las medidas correctivas, pues estas tienen como principal objetivo corregir los efectos negativos sobre el consumidor que se hubiera visto afectado por alguna infracción, y además estas se encuentran plenamente reconocidas tanto por la Ley del Procedimiento Administrativo General, como por el Código. Sumado a ello, debemos anotar que el Código ha regulado dos tipos de medidas correctivas: a) Medidas Correctivas Reparadoras y b) Medidas Correctivas Complementarias.

Al respecto, la Sala menciona que la finalidad de las medidas correctivas reparadoras es el resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas que se le hayan ocasionado al consumidor, mientras que las medidas correctivas complementarias tienen por objeto el revertir los efectos de la conducta infractora y/o evitar que estas produzcan en un futuro. Pese a que el denunciante en un primer momento solicitó que, en calidad de

¹⁰ 1) Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI, (10 de abril de 2014). 2) Resolución 1539-2018/SPC-INDECOPI, (22 de junio de 2018). Y, 3) Resolución 534-2019/SPC-INDECOPI, (27 de febrero de 2019), expedidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI.

medida correctiva, la denunciada cumpla con indemnizarle con un monto de S/ 5,000.00 soles, debemos señalar que, dicho pedido, aunque no haya sido materia de análisis por el desistimiento que presentó ante la Comisión, no obstante, dicha solicitud no era atendible por parte de INDECOPI, ya que debe tomarse en cuenta que las medidas correctivas no tienen una finalidad indemnizatoria, sino más bien buscan corregir la conducta infractora; señalando así que el consumidor puede hacer su derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que pudiesen haber ocurrido, no obstante debe realizarlo por la vía judicial o arbitral, según corresponda.

En atención a ello, conforme a lo señalado en los hechos, la Sala confirmó las medidas correctivas ordenadas por la Comisión, las cuales son las siguientes: a) En el plazo de 10 días hábiles, la denunciada cumpla con capacitar a su personal sobre tópicos relacionados a discriminación e igualdad de condiciones en las relaciones de consumo. b) En el plazo de 5 días hábiles, la denunciada cumpla con colocar un cartel, por el plazo de 1 año calendario, en la entrada del local, con el mensaje *“En este establecimiento no se discrimina por motivos de raza, religión, transgénero, orientación sexual, condición física o económicas ni por ningún otro motivo”*. c) De forma inmediata, la denunciada deberá cumplir con poner a disposición de los consumidores y a su solicitud el Libro de Reclamaciones de su establecimiento inspeccionado

Además, podemos observar en las resoluciones citadas en el punto anterior, la Sala ha ordenado medidas correctivas similares, es decir, ordenar la colocación de un cartel contra la discriminación en las entradas de los locales comerciales de las sancionadas y capacitación al personal de dependiente de estas; no obstante, en el presente caso podemos apreciar que la denunciada presentó una constancia de capacitación de su personal en temas de atención al cliente sin incurrir en actos de discriminación, la cual tuvo una extensión de 2 horas, lo que tanto la Comisión como la Sala consideraron como insuficientes, sugiriendo que esta debería contar con un plan o esquema que permita visualizar el compromiso de la empresa para evitar incurrir nuevamente dichas conductas.

Pese a lo anterior mencionado, para Delgado (2017, p. 19) la discriminación en el consumo implica un perjuicio irreparable ya que pese a las altas multas y medidas correctivas que puedan imponerse, ello no cambia el hecho de que ya se consumó la afectación de los derechos de los consumidores, por lo que propone que el debate se centre mayoritariamente en la prevención.

7. Conclusiones

Mediante el presente trabajo, hemos tratado de analizar una serie de consideraciones que al día de hoy siguen igual de vigentes con respecto a las infracciones por discriminación en el consumo, lo cual debe ser una conducta moral y socialmente reprochable por la sociedad, no obstante, aún arraigada.

En ese sentido, como primera conclusión podemos apreciar que, La actividad de fiscalización, de cara al procedimiento administrativo sancionador respecto a la presunta infracción, en este caso en un tema de discriminación, por la difícil probanza de la infracción, el trato diferenciado debe ser tomado como trato discriminatorio, en tanto el proveedor no acredite que su actuar se debió a causas objetivas y razonables.

Como segunda conclusión podemos apreciar que, la actividad probatoria, específicamente el tema de las grabaciones que ofrezcan los administrados en este tipo de procedimientos son válidas, pertinentes y necesarias para poder dilucidar la verdad material, no obstante, los proveedores denunciados pueden contradecirlas con los medios probatorios que estimen pertinentes, lo cual será analizado en conjunto por la Autoridad Administrativa a efectos de resolver.

Como tercera conclusión se ha demostrado que las acciones inspectivas son medios necesarios y pertinentes para que la Autoridad Administrativa, en el marco de sus deberes y funciones puedan observar el cumplimiento de las normas bajo su supervisión, claro está, la actividad debe regirse bajo los principios de legalidad y proporcionalidad para no afectar los derechos de los administrados.

Como cuarta conclusión debemos señalar que las multas en casos de discriminación son elevadas y ello corresponde, y es proporcional a los daños causados a los consumidores y mercado en general. La discriminación no deja de ser un problema social aún latente, ya que, en la mayoría de casos, la difícil probanza de esta infracción termina

desincentivando a que los consumidores afectados realicen las denuncias correspondientes.

8. Recomendaciones

Es necesario que las entidades de la Administración Pública observen la naturaleza de la actividad administrativa desde una óptica más preventiva que sancionadora, por lo que resulta importante aclarar que las actividades de inspección no son necesariamente un paso previo para sancionar, sino que estas también sirven para garantizar el correcto cumplimiento de los deberes de los administrados, en aras de tutelar los derechos jurídicamente protegidos.



9. Bibliografía

BERMEJO, José.

2013 “*Derecho Administrativo Básico – Parte General*”, 11° Edición, Thomson Reuters - Civitas, Navarra.

CASSAGNE, Juan C.

2009 “*Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*”, Marcial Pons Argentina, 1era Edición, Buenos Aires.

DELGADO, Rodrigo.

2017 “*La prueba de la discriminación prohibida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú*”. Actualidad Jurídica N° 288, Lima.

2020 “*Una Mirada Global a la Discriminación en el Consumo. Jurisprudencia del INDECOPI*”. Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor. Primera Edición: INDECOPI. Lima. Recuperado de:
<https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/7918>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2007 “*La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*”, Documento Defensorial N° 2, Lima.

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy.

2010 “*Derecho a la igualdad en el Perú: Modelo para armar avances y retos por enfrentar. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular*”. En Libro Homenaje a Luis Hernández Berenguel. IPDT, Lima,

FERNÁNDEZ, Severiano

2002 “*La Actividad Administrativa de Inspección, El Régimen Jurídico General de la Función Inspectoral*”. Editorial Comares. Granada.

GUZMÁN, Christian

2013 “*Manual del Procedimiento Administrativo General*”, Primera edición, Editorial: Pacífico Editores, Lima, 2013.

INDECOPI.

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

MARAVÍ, Milagros

2020 “*La actividad de fiscalización en el TUO de la LPAG: Revisión del marco legal del OSITRAN*”, Revista Forseti, Volumen 8, N° 11, Lima.

MORÓN, Juan C.

2019 “*Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*”. Tomo II, Edición 14va, Gaceta Jurídica, Lima.

2020 “*La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano*”. Revista N° 54: Derecho & Sociedad, Lima.

PACORI, José M.

2017 “*La actividad administrativa de fiscalización: Comentarios de su reciente regulación*”, Editorial Instituto Pacífico. Lima.

RAMÍREZ, Beatriz y Jeannette LLAJA.

2011 “*Protección del (a) consumidor (a) y prueba en los casos de discriminación: una agenda pendiente*”. En: Gaceta Constitucional N° 38, Gaceta Jurídica, Lima.

REBOLLO, Manuel.

2013 “*La actividad inspectora*”. En: DIEZ SANCHEZ, Juan José (Coordinador). Punción inspectora. INAP, Madrid.

REBOLLO, Manuel y Manuel IZQUIERDO.

2015 “*Derecho Administrativo Sancionador: Caracteres Generales y Garantías Materiales*”. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad Der 2015-67695.

TORRES, Aníbal

2019 “*Introducción al Derecho Teoría General del Derecho*”. Editorial Pacífico, Sexta Edición, Lima.

ZELADA, Carlos

2019 “*Ironía probatoria: Los estándares de prueba utilizados por INDECOPI en casos de discriminación por orientación sexual e identidad de género (1999-2019)*”. Ponencia presentada en la edición XXXVII del Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA) en Boston (Estados Unidos).

• **Jurisprudencia del INDECOPI**

-Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI, (10 de abril de 2014), Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI.

-Resolución 1539-2018/SPC-INDECOPI, (22 de junio de 2018), Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI.

-Resolución 534-2019/SPC-INDECOPI, (27 de febrero de 2019), Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI.

- **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

-Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Expediente 1848-2004-AA/TC, (26 de agosto de 2004). Tribunal Constitucional. Recuperado de:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>.

- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Expediente 01643-2014-AA/TC (14 de agosto de 2018). Tribunal Constitucional. Recuperado de:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01643-2014-AA.pdf>

- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Expediente 10087-2005-PA, (18 de diciembre de 2007). Tribunal Constitucional. Recuperado de:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.pdf>

- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del Expediente 00139-2013-PA, (18 de marzo de 2014), Tribunal Constitucional. Recuperado de:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.pdf>

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR –
SEDE LIMA NORTE
PROCEDIMIENTO : DE OFICIO
DENUNCIADA : GOURMET Y EVENTOS EL AGUAJE S.A.C.
MATERIAS : DISCRIMINACIÓN
LIBRO DE RECLAMACIONES
ACTIVIDAD : RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS

SUMILLA: *Se confirma la resolución venida en grado en el extremo que halló responsable a Gourmet y Eventos El Aguaje S.A.C. por infracción del artículo 38.1° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto quedó acreditado que incurrió en actos discriminatorios, al impedir el ingreso de consumidores al local comercial debido a su condición de transgénero.*

Asimismo, se confirma la referida resolución en el extremo que halló responsable a Gourmet y Eventos El Aguaje S.A.C. por infracción del artículo 152° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber quedado acreditado que incurrió en la falta de entrega del libro de reclamaciones a los consumidores, cuando era requerido.

SANCIONES:

10 UIT – por haber incurrido en actos discriminatorios.

1 UIT – por haber omitido entregar el libro de reclamaciones cuando era requerido.

Lima, 26 de marzo de 2018

ANTECEDENTES

1. El 1 de setiembre de 2016, Anderson Castañeda Lozada (en adelante, la parte denunciante) denunció a Gourmet y Eventos El Aguaje S.A.C.¹ (en adelante, El Aguaje) ante la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Norte (en adelante, la Comisión) por presuntas infracciones de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, manifestando lo siguiente:

- (i) El 27 de agosto de 2016, acudió al local de Gourmet ubicado en Puente Piedra pagando por su ingreso al mismo; sin embargo, ello fue impedido por personal de seguridad de dicho local injustificadamente, dada su condición de “chica travesti”, señalándosele que debía regresar a la caja a efectos de que se le

¹ RUC: 20538054934. Domicilio fiscal: Av. Miguel Grau 191, Puente Piedra, Lima.

- devolviese lo pagado. A fin de acreditar lo alegado, presentó un video contenido en un CD;
- (ii) frente a este hecho, solicitó el libro de reclamaciones; sin embargo, se le informó que la persona encargada del libro no se encontraba en ese momento; y,
 - (iii) por lo expuesto, solicitó que Gourmet le indemnizara por no haberle permitido el ingreso al establecimiento, debido a que se le adjudicó ser travesti; y, de otro lado, pidió que el referido local fuese cerrado. Asimismo, solicitó que la denunciada le pagara las costas y costos del procedimiento.
2. Dicha denuncia motivó la apertura del Expediente 255-2016/ILN-CPC.
3. El 2 de diciembre de 2016, la Secretaría Técnica de la Comisión llevó a cabo una diligencia de inspección en el local de Gourmet, a fin de recabar mayores elementos de prueba para resolver el caso.
4. En sus descargos, Gourmet alegó lo siguiente:
- (i) No limitaba el ingreso de persona alguna al local por su orientación sexual, pues todo aquel que compraba entradas, podía acceder a sus instalaciones. Las únicas excepciones a lo señalado eran o bien superar el aforo del local o bien omitir presentar el documento de identidad;
 - (ii) el video aportado por la contraparte no acreditaba que la negativa del ingreso al local se haya debido a su condición de travesti. Lo probable era que no había presentado su documento de identidad al ingreso del establecimiento;
 - (iii) no incurrió en actos discriminatorios, tal era así que la parte denunciante llegó a adquirir una entrada;
 - (iv) sancionó al personal de seguridad que laboró el día de los hechos denunciados. Ello, porque corroboró que sí existió una negativa injustificada de acceso al local, pero de modo alguno por actos discriminatorios; y,
 - (v) no contaba con los videos de vigilancia correspondientes al 27 de agosto de 2016. No obstante ello, aportaba videos que daban cuenta de que no restringía el ingreso al local por motivos de orientación sexual; y, presentaba una declaración jurada de un trabajador, quien señalaba ser una persona homosexual que no sufrió actos discriminatorios por parte de la denunciada.
5. El 9 de febrero de 2017, la parte denunciante se desistió del procedimiento que inició contra Gourmet, al haber arribado a un acuerdo conciliatorio con esta.

6. Por Resolución 146-2017/ILN-CPC del 15 de febrero de 2017, la Comisión, entre otros, resolvió lo siguiente:
- (i) Aceptó el desistimiento presentado por la parte denunciante; y, en consecuencia, declaró concluido el procedimiento seguido por esta contra Gourmet, en los extremos que conllevaron únicamente una afectación a este (Expediente 255-2016/ILN-CPC); y,
 - (ii) abrió el Expediente 03-2017/ILN-CPC-SIA, agregando una copia de los actuados al mismo (incluido el acta de la inspección realizada el 2 de diciembre de 2016), ya que continuaría un procedimiento de oficio contra Gourmet, imputándole lo siguiente:
 - (a) Infracción del artículo 38.1° del Código, pues la empresa impediría el ingreso de consumidores al local debido a su condición de transgéneros²; e,
 - (b) infracción del artículo 152° del Código, toda vez que la empresa negaría la entrega del libro de reclamaciones a los consumidores.
7. El 3 de agosto de 2017, como parte de esta nueva investigación, Gourmet formuló los siguientes descargos:
- (i) Si bien durante la diligencia de inspección del 2 de diciembre de 2016 se detectó un acto de discriminación, tal situación obedeció a un desconocimiento y falta de capacitación del personal de seguridad, quien a dicha fecha era nuevo;
 - (ii) no negaba el acceso al libro de consumidores cuando este era requerido; y,
 - (iii) cumplió con capacitar a su personal, por lo que a la fecha ya brindaba un mejor servicio y respeto de los derechos de los consumidores.
8. Mediante Resolución 705-2017/ILN-CPC del 4 de agosto de 2017, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Sancionó a Gourmet con una multa de 10 UIT por infracción del artículo 38.1° del Código, impidió el ingreso de consumidores a su local debido a su condición de transgéneros;
 - (ii) sancionó a Gourmet con una multa de 1 UIT por infracción del artículo 152° del Código, al haberse verificado que no entregaba el libro de reclamaciones a los consumidores;

² Cabe destacar que, si bien la Comisión en su imputación de cargos utilizó el término "travesti", de la revisión del expediente se advierte que el grupo objeto de tutela eran las personas transgéneros, conforme a lo que será desarrollado más adelante en la presente resolución.

- (iii) ordenó a Gourmet, como medidas correctivas, lo siguiente:
 - (a) En un plazo de diez (10) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la resolución, cumpla con capacitar a su personal sobre tópicos relacionados a discriminación e igualdad de condiciones en las relaciones de consumo;
 - (b) en un plazo de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la resolución, cumpla con colocar un cartel, por el plazo de un (1) año calendario, en la entrada del local, con el siguiente mensaje: *“En este establecimiento no se discrimina por motivos de raza, religión, travestismo, orientación sexual, condición física o económicas ni por ningún motivo”*; y,
 - (c) de forma inmediata, desde la notificación de la resolución, cumpla con poner a disposición, y a solicitud de los consumidores, el libro de reclamaciones dentro del establecimiento inspeccionado; y,
 - (iv) dispuso la inscripción de Gourmet en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.
9. El 11 de setiembre de 2017, Gourmet apeló la Resolución 705-2017/ILN-CPC, manifestando lo siguiente:
- (i) El acta de la diligencia de inspección resultaba nula e ilegal, toda vez que el inspector del Indecopi efectuó la diligencia acompañado de una persona travesti a efectos de generar el presunto acto discriminatorio por parte de su personal y así resultar sancionada. El Indecopi actuó como juez y parte, por tanto, vulneró el Principio de Legalidad;
 - (ii) el Indecopi no podía generar este tipo de pruebas, solo estaban facultados para ello el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú. En todo caso, para que el acta fuese válida, debió ser levantada junto con cualquiera de estas autoridades;
 - (iii) en el acta de inspección, ya había señalado que no era su política discriminar a la clientela y que sí impedía el ingreso a los menores de edad;
 - (iv) el acta resultaba ilícita, porque no se identificó por su nombre al vigilante que habría cometido el acto discriminatorio. No estaba identificado plenamente el infractor;
 - (v) como en el día de los hechos denunciados el local estuvo alquilado, tenía el libro de reclamaciones en el interior de una oficina dentro del referido establecimiento;
 - (vi) la sanción pecuniaria resultaba desproporcionada, ya que se trataba de una pequeña empresa. Para tales efectos, presentaba sus declaraciones juradas tributarias del Impuesto a la Renta, correspondientes a los años 2015 y 2016; y,

- (vii) también presentaba una fotografía para acreditar la exhibición del letrero ordenado en calidad de medida correctiva por la primera instancia.

ANÁLISIS

Sobre el acto discriminatorio

Nociones preliminares y marco legal nacional y supranacional sobre la discriminación

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

*“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:
(...)
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.
(...)”*

11. En relación con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención)³, establece lo siguiente:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.
[Subrayado nuestro].

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

*“(…)
78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del*

³ El Perú es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 28 de julio de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de enero de 1981.

tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos 'sin discriminación alguna'. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

80. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

(...)"

[Subrayado nuestro].

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

"(...)

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

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

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

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

(...)

[Subrayado nuestro].

14. En base a lo anterior, se dejó establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, que proscribe la discriminación:

(...)

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

(...)

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

15. Como puede advertirse, en concordancia con lo establecido por la CIDH, la discriminación por causal de *identidad de género*, también se encuentra

proscrita por el artículo 2° numeral 2 de nuestra Constitución, cuando establece lo siguiente:

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

1. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

[Subrayado añadido].

16. Respecto de la definición de “transgénero” resulta pertinente precisar que con este término se hace referencia a aquellas personas *“que se autoidentifican con un género diferente al convencional asignado socialmente al sexo hombre o mujer, que generalmente se impone desde el nacimiento”*⁴.
17. Así, considerando que el “sexo” es una condición biológica, un “transgénero” es una persona que se identifica con un género distinto del sexo que le corresponde, por ejemplo, una persona con características biológicas femeninas con una identidad masculina o una persona con características biológicas masculinas con una identidad femenina. Por otra parte, el transexual, es la persona que mediante un tratamiento hormonal e intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto⁵.
18. De acuerdo con lo expuesto, se infiere entonces que un transgénero posee una identidad sexual definida -dentro de la amplia gama de posibilidades que la orientación sexual permite-, la misma que es fruto de sus propias experiencias, algunos aspectos psicológicos, sociales y culturales, los cuales conllevan a generar una identidad propia y distintiva que lo hace único como persona y, por ende, sujeto de los derechos que el ordenamiento ha previsto para proteger su propia existencia.
19. Sobre este punto, a nivel jurisprudencial, debe tenerse presente la Sentencia recaída en el Expediente 2273-2005-PHC/TC del 20 de abril de 2006, donde el máximo intérprete de nuestra Constitución ha señalado que se protegerá el derecho a la identidad personal, en tanto se sustente en el principio de dignidad de la persona, por *garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también sustancial o material.*
20. De allí que convenga recordar que el derecho a la identidad personal tiene a

⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. *Situación de las personas identificadas como del colectivo LGBT privadas de la libertad en cárceles de Colombia*, 2009. En: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/informe_152.pdf. P. 6.

⁵ Definición de “*transexual*” conforme a lo señalado por la Real Academia Española en la versión online de la vigésima segunda edición del Diccionario de la Lengua Española, cuyo texto puede encontrarse en: <http://lema.rae.es/drae/?val=transexual>.

su vez dos dimensiones, la “estática” y la “dinámica”, las cuales han sido definidas por la doctrina de la siguiente manera:

“(…) Los estáticos, son los primeros que se hacen visibles frente a la percepción de los demás en el mundo exterior (…). La identidad que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se exhiben en el mundo de la intersubjetividad. (..) Es el conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política y son los rasgos psicológicos de cada sujeto (…)”⁶.

21. En tal sentido, en la Sentencia recaída en el Expediente 2273-2005-PHC/TC citada precedentemente, el Tribunal Constitucional entiende al derecho a la identidad personal en su dimensión dinámica, como el derecho a ser individualizado conforme a rasgos distintivos de carácter subjetivo:

“(…) 21. Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).
(…)”

22. En atención a lo anterior, entonces, el reconocimiento del derecho a la identidad de género, parte del reconocimiento del derecho a la identidad personal en su dimensión dinámica, siendo que, en el caso de las personas transgéneros, la identidad personal dinámica prima sobre la estática, ya que si bien tienen características biológicas del sexo masculino, se perciben, sienten y se desenvuelven en la sociedad como personas del sexo femenino, y viceversa⁷.

23. En efecto, el derecho a la identidad de género ha sido objeto de pronunciamiento en la Resolución 379 del 26 de octubre de 2006, emitida por

⁶ **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *El Derecho a la Identidad Personal.* En: Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado. Congreso Internacional de Derecho Civil. Lima: Cultural Cuzco, 1988. P.83.

⁷ En opinión de Juan Espinoza Espinoza uno de los criterios guías para una legislación sobre esta realidad es el *“reconocimiento del derecho a la identidad sexual. En el caso de desarmonía entre el sexo físico y el psíquico, prevalecerá este último.”* **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Derecho de las Personas.* Lima: Grijley, 2012. P.485.

la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte: “(…) el sexo sea uno de los caracteres más importantes de la vida del sujeto y también cumple una función de diferenciación de las personas en la sociedad, siendo el primer signo de identificación de este, constituyéndose en uno de los caracteres primarios de la identidad personal, en lo que primigeniamente nos distingue como varón y mujer (macho-hembra). Ello en funciones de ciertos caracteres celulares, morfológicos, fisiológicos, etc.; pero la sexualidad tiene un contenido mucho más amplio, siendo esta una función vital que fluye sobre la conducta del sujeto y sobre las relaciones humanas en general, que comprende diversas tendencias y expresiones del sexo y como es obvio la sexualidad no se reduce a los órganos genitales por lo que, de las expresiones del sexo y de la sexualidad es que asigna automáticamente la identidad sexual y la identidad personal (…)”⁸.

24. En este orden de ideas, con el término “de cualquier otra índole” contenido en el artículo 2° numeral 2 de la Constitución, se incorpora a la identidad de género como una categoría protegida de actos discriminatorios, pues, así aprecia la Sala, constituye una expresión de la dimensión dinámica de la identidad personal considerada por la Constitución como un derecho fundamental, siendo que el derecho a la identidad de género también es considerado como un derecho fundamental en virtud del artículo 3° de la Constitución⁹, por fundarse este en la dignidad de la persona, en tanto le garantiza una vida plena al permitirle que sea identificada, no solamente por rasgos distintivos de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.), sino también por rasgos distintivos de carácter subjetivo como lo es su identidad de género.
25. Finalmente, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha subrayado en reiteradas sentencias que los derechos fundamentales vinculan, no sólo a los poderes públicos, sino también a los privados, reconociendo lo que en doctrina se denomina “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”¹⁰, de allí que tanto el Estado como los particulares tienen el deber de respetar los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, el derecho a no ser discriminado por la identidad de género.

⁸ En base a dicho razonamiento, se ordenó a la Municipalidad de Lima Metropolitana que efectúe la rectificación de los nombres masculinos de la denunciante, por femeninos.

⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 3°.-** La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

¹⁰ “Conforme al artículo 38° de la Constitución, ‘Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución’, norma que impone el deber de respetar los derechos de todos, sea que desarrollen sus actividades en la esfera privada o pública”. Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 2004, recaída en el Expediente 1848-2004-AA/TC. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>.

La figura de discriminación en el Código

26. En materia de protección al consumidor, el artículo 1.1º literal d) del Código establece el derecho de los consumidores a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión o de cualquier otra índole¹¹.
27. Por su parte, el artículo 38º de dicho cuerpo legal¹² dispone que los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen, así como de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.
28. Es importante reconocer que el origen de un acto discriminatorio puede provenir de diversos prejuicios (ideológicos, raciales, políticos, sociales, económicos, entre otros); sin embargo, sea cual fuere el motivo, la práctica debe ser desterrada debido al innegable efecto negativo que produce en el sujeto víctima de discriminación, al menoscabar su propia dignidad y naturaleza humana.
29. 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 consumo¹³.

¹¹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1º.- Derechos de los consumidores.**

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:
(...)
d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.
(...).

¹² **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 38º.- Prohibición de discriminación de consumidores.**

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.
38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.
38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

¹³ Cfr. la Resolución 665-2006/TDC-INDECOPI del 17 de mayo de 2006, en el procedimiento seguido por el señor Christian Manuel Olivera Fuentes contra Supermercados Peruanos S.A., por impedirle a él y a su pareja realizar muestras de afecto en público al interior del establecimiento de la denunciada, por tratarse de una pareja homosexual. Cfr. Resolución 854-2014/SPC-INDECOPI del 13 de marzo de 2014, en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Norte contra Peruvian Air Line S.A., toda vez que condicionaba el acceso de cinco personas sordomudas a un vuelo a que estuvieran acompañadas por una persona, por considerar que su discapacidad en sí misma constituía un riesgo potencial para el desencadenamiento de cualquier hecho que afectara su seguridad.

30. Ahora bien, en relación con la carga de la prueba, el artículo 39° del Código¹⁴ establece que el consumidor solo tendrá que acreditar con suficientes indicios que ha recibido un trato desigual (discriminatorio), para que surja la carga del proveedor de acreditar que su actuación respondió a las circunstancias objetivas y razonables y de ese modo se exonere de responsabilidad.
31. Resulta necesario recalcar que en los casos de prácticas discriminatorias y tal como reconoce la propia dinámica probatoria establecida en el Código para este tipo de infracciones, es posible admitir indicios¹⁵ y otros sucedáneos de los medios probatorios para acreditar las conductas denunciadas.
32. En este orden de ideas, la comprobación de la existencia de infracciones a las normas de protección al consumidor puede producirse sobre la base de pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados, junto con otras pruebas, en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados.
33. Esta flexibilización legal de la carga de la prueba se alinea a lo manifestado en anteriores pronunciamientos emitidos en el marco de procedimientos que versan sobre servicios médicos¹⁶ y en donde se aplica **la teoría de las cargas dinámicas** que tiene por finalidad el asegurar el cumplimiento del deber especial de protección de los derechos de los consumidores y usuarios conforme a lo señalado en la Constitución Política del Perú¹⁷, de modo que

Al margen del sentido de las resoluciones citadas (en el primer caso, la denuncia fue declarada infundada y en el segundo caso, se encontró responsable a la aerolínea), lo cierto es que en ninguno de dichos procedimientos fue materia controvertida que el tipo infractor de discriminación podía comprender supuestos de restricciones arbitrarias o interrupciones de servicios verificadas una vez entablada la relación de consumo.

¹⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 39°.- Carga de la prueba.** La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

¹⁵ Cabe indicar que, por indicio, la Sala entiende que es un hecho que se acredita por cualquiera de los medios probatorios que la ley autoriza a la Administración a utilizar (un documento, una declaración, entre otros). Probada la existencia del indicio (o hecho indicador), la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para derivar del indicio o de un conjunto de ellos la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento (esto es, el hecho indicado).

¹⁶ Cfr. la Resolución 283-2011/SC2-INDECOPI del 15 de febrero de 2011, en el procedimiento seguido por la señora Rosa Estrada Aranda contra el señor Giovanni Núñez Muñoz. Cfr. Resolución 445-2014/SPC-INDECOPI del 10 de febrero de 2014, en el procedimiento seguido por la señora Lourdes Lizbeth Ruck Puerta contra Asociación Civil Selva Amazónica.

¹⁷ En relación con el "deber especial de protección" del Estado respecto de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

dicha carga recaiga en aquel sujeto de la relación de consumo que se encuentra en mejor posición o condición para satisfacerla¹⁸.

34. Es preciso destacar que el artículo 171.2° del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo 006-2017-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), dispone que los administrados tienen la carga de aportar pruebas y el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos, establece que la carga de probar corresponde a aquel que afirma un determinado hecho¹⁹.
35. En virtud de lo expuesto, la Sala entiende, tal como la normativa de protección al consumidor establece, que debe combatirse cualquier conducta discriminatoria que implique un riesgo o que altere directamente la identidad de género de cualquier consumidor en el mercado. Ello, a efectos de cautelar el derecho a la identidad que posee cualquier individuo dentro de la sociedad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política.

“6. (...) en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un “deber especial de protección”.

(...)

Lo que significa, en primer lugar, que en el ordenamiento constitucional peruano todas las leyes, reglamentos y sus actos de aplicación, deben interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales (STC 2409-2002-AA/TC). En ese sentido, los derechos constitucionales, en cuanto valores materiales del ordenamiento, tienen una pretensión de validez, de modo que tienen la propiedad de “irradiarse” y expandirse por todo el ordenamiento jurídico.

(...) si sobre los derechos constitucionales, en su dimensión objetiva, sólo se proclamara un efecto de irradiación por el ordenamiento jurídico, pero no se obligara a los órganos estatales a protegerlos de las acechanzas de terceros, entonces su condición de valores materiales del ordenamiento quedaría desprovista de significado.” [Subrayado añadido].

¹⁸ **BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo.** *Cuando las Cosas Hablan: El “res ipsa loquitur” y la Carga de la Prueba en la Responsabilidad Civil.* En: Themis, No.50, 2005.

“Debe considerarse que el principio de la carga de la prueba sólo opera en defecto de normas que precisen una carga de prueba diferente, y debe ser aplicado razonablemente para no conducirnos a resultados absurdos o contrarios a la lógica, tal como reconoce la doctrina. Así, de determinarse que existe una imposibilidad o sería limitación de que una de las partes pueda probar cómo ocurrió el accidente, debe evaluarse si existen reglas que invierten la carga de la prueba sobre aquella de las partes que está en control de la actividad causante del daño.”

¹⁹ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 171°.- Carga de la prueba.**

(...)

171.2. Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

[Texto según el Artículo 162 de la Ley N° 27444].

CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 196°.- Medios de Prueba. Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Aplicación al caso en concreto

36. A propósito de una denuncia de parte contra Gourmet, por presunta discriminación a la parte denunciante por *identidad de género*, en el marco de una alegada negativa injustificada de ingreso al local del proveedor, cuyo procedimiento concluyó con un acuerdo conciliatorio celebrado por las partes (Expediente 255-2016/ILN-CPC), la Comisión abrió el Expediente 03-2017/ILN-CPC-SIA y continuó el procedimiento de oficio contra la empresa imputándole lo siguiente:
- (a) Infracción del artículo 38.1° del Código, pues la empresa impediría el ingreso de consumidores al local debido a su identidad de género; e,
 - (b) infracción del artículo 152° del Código, toda vez que la empresa negaría la entrega del libro de reclamaciones a los consumidores.
37. En relación con el primer punto, la Comisión sancionó a Gourmet por infracción del artículo 38.1° del Código, al haber verificado que impidió el ingreso de consumidores al local debido a su condición de transgéneros.
38. Obra en el expediente, el acta de inspección, producto de la diligencia de inspección llevada a cabo en el local de Gourmet el 2 de diciembre de 2016²⁰, en la cual el representante del Indecopi dejó constancia de lo siguiente:

“Los representantes de la Comisión (...), se presentaron como consumidores incógnitos en el establecimiento comercial denunciado “El Aguaje” (...), obteniendo los siguientes resultados:

Nos dirigimos a la puerta de ingreso del referido establecimiento y observamos que 2 miembros del personal de seguridad del proveedor impedían el ingreso al local a una persona y escuchamos que una de ellos le dijo: “que por política de la empresa no podía ingresar, que su amigo sí podía ingresar pero que él no ingresaría porque era travesti”. En ese momento le preguntamos al personal de seguridad que explicara las razones para que no ingresara dicha persona y nos respondieron que era por política de la empresa y que las razones ya se la habían manifestado a tal persona.

Acto seguido, nos presentamos como funcionarios del Indecopi Lima Norte en labores de supervisión y solicitamos al personal de seguridad que informara a la persona a cargo del establecimiento que levantaríamos un acta de inspección.

Asimismo, solicitamos a la persona que fue impedida de ingresar al local que se identificara y nos brindó su DNI que consignaba el nombre de: Diego Armando Repollado Villar, con DNI (...), y señaló que le impidieron el ingreso al local el personal del establecimiento porque era travesti, minutos

²⁰ De las fojas 8 a 10 del expediente.

después se presentó el asistente de administración quien señaló llamarse Carlos Miguel Neyra Carrasco (...).

Respecto a lo antes manifestado, indicó que la persona que impidió el ingreso al local al consumidor es un miembro de seguridad nuevo y que este es su primer día, y que ello se debió, que resultaría ser una política en el anterior local donde trabajaba tal persona pero que en su local no practican dicha política y que únicamente impiden el ingreso a menores de edad.

Posteriormente se le requirió el Libro de Reclamaciones del establecimiento; siendo que el señor Carlos Miguel Neyra Carrasco señaló que no lo tiene en este momento se encuentra en la oficina de la Administración del local, el cual está bajo llave por lo que le es imposible presentarlo”.

[Subrayado nuestro].

39. Sobre el particular, mediante escrito del 3 de agosto de 2017, Gourmet señaló que, si bien en la inspección se detectó un acto discriminatorio, ello obedeció al desconocimiento y falta de capacitación del personal de seguridad nuevo. En dicho escrito, también indicó, a propósito del procedimiento de parte, que se solidarizaba con esa parte denunciante (Anderson Castañeda Lozada) y que, en ese sentido, iba a proceder a sancionar a los vigilantes de seguridad.
40. En virtud de lo constatado en la diligencia de inspección, las propias declaraciones de Gourmet sobre la diligencia (expuestas en el párrafo anterior) y los actuados en los Expedientes 255-2016/ILN-CPC y 03-2017/ILN-CPC-SIA; la Sala, en la misma línea que la Comisión, considera que si bien la impugnante alegó que tenía restricciones lícitas para el acceso al local (no permitir, por ejemplo, el ingreso de menores de edad), lo cierto es que existen los suficientes elementos de prueba para colegir que la recurrente sí incurrió en actos discriminatorios respecto de su clientela por razones de identidad de género (en el caso, contra personas transgénero).
41. Efectivamente, luego de revisar los expedientes antes citados, este Colegiado ha podido observar que Gourmet ha aceptado, por lo menos respecto de dos (2) casos, dados en diferentes días, que su personal de seguridad negó el ingreso de dos (2) varones al local inspeccionado por presentarse con apariencia femenina. En otras palabras, la Sala entiende que Gourmet aceptó que discriminó a clientes por su condición de “transgéneros”.
42. Siendo ello así, en virtud del artículo 39° del Código, que permite constatar la discriminación en base a indicios y presunciones, dada su difícil acreditación con documentación, la Sala concluye válidamente que en el presente caso quedó demostrado que Gourmet, a través de su personal de seguridad, por

cuyos actos debe responder²¹, sí incurrió en actos discriminatorios respecto de su clientela, por lo que corresponde ser sancionada en virtud del artículo 38° del Código.

43. Ahora, no obstante los alegatos presentados en descargos, en vía de apelación, Gourmet, en una clara modificación de aquellos alegatos, indicó que el acta de inspección resultaba nula e ilegal, toda vez que el inspector del Indecopi efectuó la diligencia acompañado de una persona travesti a efectos de generar el presunto acto discriminatorio por parte de su personal y así resultar sancionada. En la medida que el Indecopi actuó como juez y parte, vulneró el Principio de Legalidad.
44. Además, Gourmet alegó que el Indecopi no podía generar este tipo de pruebas, solo estaban facultados para ello el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú. En todo caso, para que el acta fuese válida, añadió que debió ser levantada junto con cualquiera de estas autoridades. Finalmente, la empresa refirió que el acta resultaba ilícita, porque no se identificó por su nombre al vigilante que habría cometido el acto discriminatorio.
45. Al respecto, cabe destacar que el artículo 2° del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, establece que cada Comisión, Oficina o Sala del Tribunal del Indecopi, tiene las siguientes facultades:

"Artículo 2.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión, Oficina o Sala del Tribunal del INDECOPI tiene las siguientes facultades:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en vídeo.

c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se

²¹ **CÓDIGO CIVIL. Artículo 1981°.- Responsabilidad por daño del subordinado.** Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas."
[Subrayado nuestro].

46. En virtud de esta norma, conforme se advierte, la ley sí ha provisto a la autoridad de consumo las prerrogativas para realizar diligencias, y levantar las actas de inspección correspondientes, a fin de recabar mayores elementos de prueba, con el propósito ulterior de resolver los casos, de la manera más fiel a la realidad de los hechos.
47. En efecto, la diligencia de inspección es una actuación procesal que se desarrolla bajo la conducción estricta de un funcionario público del Indecopi, el cual está facultado por delegación de la Secretaría Técnica, tal como expresamente señala el artículo 32° de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi²²; es sobre esta base, que la intervención del funcionario público garantiza la legalidad de la diligencia de inspección o el operativo.
48. En ese sentido, queda claro que el Indecopi no necesitaba de otras autoridades (como el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú) para llevar a cabo o dar por válidas estas diligencias efectuadas en el marco de los procedimientos administrativos a su cargo.
49. Por ello, se concluye que la autoridad de consumo puede basarse, sin objeción alguna, en sus actas de inspección, para corroborar infracciones a las normas de protección al consumidor, tal como sucedió en el presente caso (actos de discriminación).
50. Nótese que este Colegiado, en reiteradas ocasiones, ya ha señalado que una visita inspectiva es un medio probatorio fidedigno e idóneo por excelencia que la autoridad posee para verificar las infracciones cometidas por los

²²

DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. Artículo 32°.- En caso fuera necesario la realización de una inspección, ésta será efectuada por el Secretario Técnico o por la persona designada por éste o por la Comisión para dicho efecto. Siempre que se realice una inspección deberá levantarse un acta que será firmada por quien estuviera a cargo de la misma, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del establecimiento correspondiente. En caso de que el denunciado, su representante o el encargado del establecimiento se negara a hacerlo, se dejará constancia de tal hecho.

administrados de manera presencial en el local inspeccionado, levantando, una vez finalizada la diligencia, el acta correspondiente en la que se dejará constancia de los hechos verificados. De presentar el proveedor alguna objeción contra lo consignado en el acta, tiene el derecho de formular observaciones y que estas consten en el documento.

51. Asimismo, debe indicarse que la diligencia de inspección es uno de los pocos instrumentos legales con los que cuenta la autoridad administrativa para verificar los hechos y conductas desarrolladas por los proveedores frente a los consumidores y, en consecuencia, determinar las reales condiciones en que se ofrecen sus servicios.
52. Por último, debe indicarse que el acta de inspección del 2 de diciembre de 2016, cumple con todos los requisitos de validez señalados en el artículo 32° de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi y en el artículo 156^o²³ de la LPAG (vigente a la fecha de la referida diligencia), pues cumple con señalar el lugar, fecha y hora en que se llevó a cabo la diligencia, el nombre del investigado (Gourmet), las firmas de los representantes del Indecopi, la firma del afectado (Diego Armando Repolledo Villar) y de la persona ante quien se efectuó dicha diligencia (en este caso, el señor Carlos Miguel Neira Carrasco, identificado con Documento Nacional de Identidad 44165166, en su condición de asistente administrativo de la denunciada).
53. Así, al margen de que no se precisen los nombres de los agentes de seguridad que impidieron el ingreso de la persona transgénero al local de Gourmet, ello no enerva la validez del acta, pues se encuentra firmada por un representante de la denunciada, quien no negó que dichos agentes trabajaban para la empresa.
54. En ese sentido, el acta de inspección da cuenta de la infracción cometida por Gourmet, y queda claro, a juicio de la Sala, que la apelante debe responder por la infracción detectada en el procedimiento.
55. Finalmente, Gourmet alegó que la autoridad de consumo trajo al establecimiento comercial a una persona travesti para que el personal de seguridad, con el propósito de que cometiera actos de discriminación en perjuicio de esa persona; sin embargo, no ha presentado medios de prueba

²³

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 156°.- Elaboración de actas. Las declaraciones de los administrados, testigos, peritos y las inspecciones serán documentadas en un acta, cuya elaboración seguirá las siguientes reglas: 1. El acta indica el lugar, fecha, nombres de los partícipes, objeto de la actuación y otras circunstancias relevantes, debiendo ser formulada, leída y firmada inmediatamente después de la actuación, por los declarantes, la autoridad administrativa y por los partícipes que quisieran hacer constar su manifestación. 2. Cuando las declaraciones o actuaciones fueren grabadas, por consenso entre la autoridad y los administrados, el acta puede ser concluida dentro del quinto día del acto, o de ser el caso, antes de la decisión final.

que acrediten dicha afirmación, menos aún de que hubo una intención de los representantes del Indecopi de manipular o direccionar la conducta o afirmaciones del personal de seguridad; por el contrario, se verifica que este de manera espontánea puso en evidencia su actitud discriminatoria ante una persona transgénero.

56. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando los representantes del Indecopi hubieran acudido acompañados de una persona transgénero, siempre que el personal de seguridad lo hubiera discriminado, como en el presente caso, de igual forma Gourmet hubiera incurrido en una infracción a las normas de protección al consumidor.
57. Por consiguiente, toda vez que el acta de inspección no resulta nula ni contravino los principios invocados por la apelante; y, por el contrario, lo que quedó acreditado es que la empresa incurrió en actos discriminatorios en contra de su clientela, al no permitirles el ingreso al establecimiento debido a su condición transgénero, conforme fue aceptado por la denunciada en primera instancia, la Sala concluye que corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que halló responsable a Gourmet por infracción del artículo 38.1° del Código.

Sobre la falta de entrega del libro de reclamaciones

58. El artículo 152° del Código establece que los consumidores tienen la facultad de exigir la entrega del libro de reclamaciones para formular su queja o reclamo respecto de los productos o servicios ofertados por los proveedores²⁴.
59. Este derecho de los consumidores de acceder al libro de reclamaciones se ve vulnerado cuando el proveedor se niega, impide o dificulta la entrega del referido libro o cuando no implementó el mismo en su establecimiento abierto al público.
60. La Comisión sancionó a Gourmet por infracción del artículo 152° del Código, al no entregar el libro de reclamaciones a los consumidores, cuando era requerido.

²⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 152°.- Entrega del libro de reclamaciones.** Los consumidores pueden exigir la entrega del libro de reclamaciones para formular su queja o reclamo respecto de los productos o servicios ofertados. Los establecimientos comerciales tienen la obligación de remitir al Indecopi la documentación correspondiente al libro de reclamaciones cuando éste le sea requerido. En los procedimientos sancionadores, el proveedor denunciado debe remitir la copia de la queja o reclamo correspondiente junto con sus descargos.

61. En vía de apelación, Gourmet alegó que en la medida que su local se encontraba alquilado el día de los hechos denunciados (2 de diciembre de 2016), tenía su libro de reclamaciones en el interior de una oficina en el referido establecimiento.
62. Sobre el particular, si bien para acreditar sus afirmaciones, la impugnante aportó al procedimiento un contrato de alquiler, en el cual se aprecia que la empresa habría arrendado -el día de los hechos denunciados- el local al señor Juan Elera Guerrero para la realización de un evento²⁵; lo cierto es que esta situación como tal y/o por declaración del personal del establecimiento no quedó registrada en el acta de inspección; en consecuencia, este alegato presentado en apelación, en opinión de este Colegiado, no genera convicción.
63. Por el contrario, lo que sí se corroboró en la diligencia de inspección es que, ante un requerimiento del libro de reclamaciones, el personal de Gourmet indicó que el mismo no podía ser entregado, en tanto se encontraba en una oficina, con llave, por lo que era imposible el acceso al libro en cuestión.
64. Esta declaración del personal de Gourmet permite válidamente concluir que, por lo menos ese día de los hechos denunciados, iba a negar la entrega del libro de reclamaciones a todo consumidor que lo requiriese. De allí que este Colegiado coincide con la Comisión en la que la negativa de entrega del libro de reclamaciones a la clientela quedó acreditada.
65. Por consiguiente, corresponde confirmar la resolución impugnada que halló responsable a Gourmet por infracción del artículo 152° del Código en este extremo.

Sobre la pertinencia de las medidas correctivas

66. El artículo 114° del Código establece la facultad que tiene la Comisión para ordenar a los proveedores la imposición de medidas correctivas reparadoras y complementarias a favor de los consumidores²⁶.
67. La finalidad de las medidas correctivas reparadoras, establecidas en el artículo 115° del Código, es resarcir las consecuencias patrimoniales directas

²⁵ En las fojas 116 y 117 del expediente.

²⁶ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 114°.- Medidas correctivas.** Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias. Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.

e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa, mientras que las complementarias, señaladas en el artículo 116° del Código, tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que en el futuro, esta se produzca nuevamente²⁷.

68. La Comisión ordenó a Gourmet, como medidas correctivas, lo siguiente:

- (i) En un plazo de diez (10) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la resolución, cumpla con capacitar a su personal sobre tópicos relacionados a discriminación e igualdad de condiciones en las relaciones de consumo;
- (ii) en un plazo de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la resolución, cumpla con colocar un cartel, por el plazo de un (1) año calendario, en la entrada del local, el siguiente mensaje: *“En este establecimiento no se discrimina por motivos de raza, religión, travestismo, orientación sexual, condición física o económicas ni por ningún motivo”*; y,
- (iii) de forma inmediata, desde la notificación de la resolución, cumpla con poner a disposición y a solicitud de los consumidores el libro de reclamaciones dentro del establecimiento inspeccionado.

69. Sobre el particular, respecto del primer punto, si bien Gourmet presentó una constancia de capacitación brindada a su personal, para mejorar la atención a sus clientes sin incurrir en discriminación, que duró solo dos (2) horas²⁸, la Sala considera, al igual que la Comisión, que la denunciada debió presentar un plan o esquema, mucho más consistente, que demuestre el compromiso de la empresa para no incurrir nuevamente en la infracción detectada (plan de monitoreo y fiscalización del personal sobre estos temas, charlas u capacitación continua, mecanismos internos, compromiso adoptado por el personal y directivos de la empresa, entre otros); por ello, en la medida que

²⁷ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 115°.- Medidas correctivas reparadoras.**

115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior. (...).

115.2 (...) Cuando los órganos competentes del Indecopi se pronuncian respecto de una medida correctiva reparadora, aplican el principio de congruencia procesal.

Artículo 116°.- Medidas correctivas complementarias. Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

- a. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.
- b. Declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento.
- c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas.

(...).

²⁸ En la foja 84 del expediente.

la denunciada no presentó documentación al respecto, no quedó acreditado el cumplimiento de la medida correctiva en este punto.

70. De otro lado, si bien Gourmet presentó una fotografía que daba cuenta de que ya exhibía el letrero con el mensaje ordenado por la Comisión en el exterior del local inspeccionado²⁹, cabe recordar a la apelante que el mismo debía estar publicado por un lapso de un (1) año; en consecuencia, al no haber transcurrido aún ese lapso de tiempo, esta medida tampoco se debe dar por cumplida.
71. Dicho lo anterior, la Sala concluye que corresponde confirmar la resolución impugnada en el extremo de las medidas correctivas dictadas en su contra. Respecto del letrero, solo cabe precisar, guardando coherencia con lo expuesto precedentemente, que en lugar del término “travestismo”, debe ir la palabra “transgéneros”.

Sobre la graduación de la sanción en el extremo de la comisión de actos discriminatorios

72. El artículo 112° del Código³⁰ establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Administración debe atender al beneficio ilícito esperado con la

²⁹ En la foja 134 del expediente.

³⁰ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.** Al graduar la sanción, el órgano resolutorio puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
 2. La probabilidad de detección de la infracción.
 3. El daño resultante de la infracción.
 4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
 5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
 6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.
- Se consideran circunstancias agravantes especiales, las siguientes:
1. La reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.
 2. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento que contravenga el principio de conducta procedimental.
 3. Cuando la conducta infractora haya puesto en riesgo u ocasionado daño a la salud, la vida o la seguridad del consumidor.
 4. Cuando el proveedor, teniendo conocimiento de la conducta infractora, deja de adoptar las medidas necesarias para evitar o mitigar sus consecuencias.
 5. Cuando la conducta infractora haya afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.
 6. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas, dependiendo de cada caso particular.

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

1. La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria dentro del procedimiento administrativo que coincida con la medida correctiva ordenada por el órgano resolutorio.
2. Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la misma.
3. En los procedimientos de oficio promovidos por una denuncia de parte, cuando el proveedor se allana a la denuncia presentada o reconoce las pretensiones en ella contenidas, se da por concluido el procedimiento liminarmente, pudiendo imponerse una amonestación si el allanamiento o reconocimiento se realiza con la presentación de los descargos; caso contrario la sanción a imponer será pecuniaria. En aquellos casos en que el allanamiento o reconocimiento verse sobre controversias referidas a actos de discriminación, actos contrarios a la vida y a la salud y sustancias peligrosas, se considera como un atenuante pero la sanción a imponer será

realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, el daño resultante de la infracción, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado, la reincidencia o el incumplimiento reiterado y otros criterios que considere adecuado adoptar.

73. A efectos de graduar la sanción a imponer, el TUO de la LPAG recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa el Principio de Razonabilidad³¹, según el cual la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones.
74. La Comisión sancionó a Gourmet con una multa de 10 UIT, tras considerar que: (i) la infracción generó serios perjuicios a los consumidores, toda vez que a un sector de ellos, al ser discriminados, se atentó contra su derecho a ser tratados en igualdad de condiciones frente al resto de clientes; (ii) la probabilidad de detección de la infracción era baja; (iii) la naturaleza de la infracción resultaba grave, dado que vulneró derechos, como a la igualdad y dignidad, que eran constitucionalmente protegidos; y, (iv) la conducta ocasionó daños en el mercado, pues al advertirse tratos diferenciados sin

pecuniaria. En todos los supuestos de allanamiento y reconocimiento formulados con la presentación de los descargos, se exonera al denunciado del pago de los costos del procedimiento, pero no de las costas.

4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:

- a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.
- b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.
- c. Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.
- d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.
- e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.
- f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.

5. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas dependiendo de cada caso particular.

³¹ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 246º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

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

responder a causas objetivas, genera desconfianza entre los consumidores respecto de servicios como los ofrecidos por la denunciada.

75. En vía de apelación, Gourmet señaló que la sanción pecuniaria resultaba desproporcionada, ya que se trataba de una pequeña empresa. Para tales efectos, presentaba sus declaraciones juradas tributarias del Impuesto a la Renta, correspondientes a los años 2015 y 2016³².
76. Sobre el particular, la Sala debe precisar a Gourmet que el hecho de que acreditara que era pequeña empresa, de acuerdo con el artículo 110° del Código³³, no puede ser tomada en cuenta para graduar la sanción en casos donde se discute y sanciona actos discriminatorios.
77. Respecto de la multa misma, la Sala comparte los argumentos esgrimidos por la Comisión, pues considera que la infracción cometida por Gourmet en efecto ocasionó graves perjuicios a los consumidores, ya que atentó contra su dignidad y su derecho a no ser discriminado por identidad de género. Lo anterior, porque la empresa restringió la posibilidad de que usuarios, que acudían al local, expresasen su identidad, sin motivación alguna.
78. No se trató de cualquier infracción, sino de una dirigida a vulnerar uno de los derechos fundamentales y más importantes recogidos por la Constitución Política del Perú como es el derecho a no ser discriminado, por lo que su gravedad debe ser tomada de cara a la sanción a adoptar.
79. La infracción cometida por Gourmet, así, ocasiona también serios daños en el mercado, dado que frustra las expectativas de los consumidores en relación con un derecho que debe ser observado y respetado por los proveedores, como la denunciada, en el marco del ofrecimiento de sus productos y servicios. De ahí que corresponde, dada la gravedad de la situación, sancionar a la impugnante con una multa proporcional a la infracción detectada.

³² De las fojas 120 a 133 del expediente.

³³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 110°.- Sanciones administrativas.** El Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.

b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.

c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

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

[Subrayado nuestro].

80. Este Colegiado, en virtud de los Principios de Razonabilidad y Predictibilidad³⁴, considera que la multa por la infracción acreditada, debió ser mayor; no obstante, en atención al artículo 256.3° del TUO de la LPAG que establece la prohibición de la reforma peyorativa o el principio “*reformatio in pejus*”³⁵ e impide la imposición de sanciones más graves para el sancionado cuando haya sido este quien impugne la resolución adoptada³⁶, dicha multa no puede ser incrementada, por lo que corresponde confirmar la recurrida en el extremo que sancionó a la recurrente con una multa de 10 UIT por esta infracción acreditada.

Sobre la sanción por el extremo referido a la falta de entrega del libro de reclamaciones cuando era requerido y la disposición de la inscripción de la denunciada en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi

81. Atendiendo a los argumentos expuestos y considerando que Gourmet no ha fundamentado sus cuestionamientos a la recurrida en relación con la sanción por el extremo de la falta de entrega del libro de reclamaciones y la disposición de la inscripción de la denunciada en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi, más allá de la alegada ausencia de infracciones cometidas, desvirtuada precedentemente, este Colegiado asume como propias las consideraciones de la resolución apelada sobre dichos extremos, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° del TUO de la LPAG³⁷. En

³⁴ En efecto, por este tipo de infracción, la Sala ya ha sancionado en anteriores oportunidades con una multa de 50 UIT. Para mayor desarrollo sobre el particular, ver la Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril de 2014; y, la Resolución 3167-2017/SPC-INDECOPI del 6 de noviembre de 2017.

DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

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

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

³⁵ Ver Sentencia del 25 de agosto de 2004 emitida en el EXP. N° 1803-2004-AA/TC, donde se estableció lo siguiente: “25. La prohibición de la reforma peyorativa o *reformatio in peius*, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial (cf. Exp. 1918-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia.

26. En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o *reformatio in peius* debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación. (...).”

³⁶ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 256°.- Resolución.- (...)**

256.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

³⁷ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo.**

consecuencia, corresponde confirmar la resolución impugnada en tales extremos.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Resolución 705-2017/ILN-CPC del 4 de agosto de 2017, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Norte, en el extremo que halló responsable a Gourmet y Eventos El Aguaje S.A.C. por infracción del artículo 38.1° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto quedó acreditado que incurrió en actos discriminatorios, al impedir el ingreso de consumidores al local comercial debido a su condición de transgénero.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 705-2017/ILN-CPC en el extremo que halló responsable a Gourmet y Eventos El Aguaje S.A.C. por infracción del artículo 152° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber quedado acreditado que incurrió en la falta de entrega del libro de reclamaciones a los consumidores, cuando el mismo era requerido.

TERCERO: Confirmar la Resolución 705-2017/ILN-CPC en el extremo que ordenó a Gourmet y Eventos El Aguaje S.A.C., como medidas correctivas, que:

- (i) En un plazo de diez (10) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, cumpla con capacitar a su personal sobre tópicos relacionados a discriminación e igualdad de condiciones en las relaciones de consumo;
- (ii) en un plazo de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, cumpla con colocar un cartel, por el plazo de un (1) año calendario, en la entrada del local, el siguiente mensaje: *“En este establecimiento no se discrimina por motivos de raza, religión, transgéneros, orientación sexual, condición física o económicas ni por ningún motivo”*; y,
- (iii) de forma inmediata, desde la notificación de la presente resolución, cumpla con poner a disposición y a solicitud de los consumidores el libro de reclamaciones dentro del establecimiento inspeccionado.

CUARTO: Confirmar la Resolución 705-2017/ILN-CPC en el extremo que sancionó a Gourmet y Eventos El Aguaje S.A.C. con una multa total de 11 UIT: (i) 10 UIT, por haber incurrido en actos discriminatorios; y, (ii) 1 UIT, por la falta de

(...)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

entrega del libro de reclamaciones a los consumidores, cuando el mismo era requerido.

QUINTO: Confirmar la Resolución 705-2017/ILN-CPC en el extremo que dispuso la inscripción de Gourmet y Eventos El Aguaje S.A.C. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

Con la intervención de los señores vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente

