

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



**“La discriminación en el consumo a través de los ojos de la Srta. Arbulú”
Informe Jurídico sobre la Resolución 1197-2014/SPC/INDECOPI**

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

Autor

Maria Micaela Bedoya Bahamonde

Revisor

Enrique Rosendo Bardales Mendoza

Lima, 2021

Resumen

El presente caso versa sobre un acto de discriminación denunciado por la señorita Godfrey Arbulú lo cual constituye una infracción a la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

El objetivo del presente informe es determinar si efectivamente la discoteca, Gótica, cometió un acto de discriminación en perjuicio de la señorita Arbulú. Para ello, se analizará la pertinencia de los medios probatorios aportados durante el procedimiento a efectos de determinar la existencia de la misma, teniendo en consideración que muchas veces resulta de difícil probanza para los consumidores acreditar un trato diferenciado.

Asimismo, se analizará si las medidas correctivas y la sanción impuesta resultan idóneas para evitar que en el futuro se cometan actos de discriminación.

Las conclusiones están detalladas en el acápite 7 del presente informe.

Palabras clave: Discriminación, consumo, procedimiento sancionador, consumidor.

Abstract

This case deals with an act of discrimination denounced by Ms. Godfrey Arbulú, which constitutes a violation of Law No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

The purpose of this report is to determine if indeed the discotheque, Gótica, committed an act of discrimination to the detriment of Ms. Arbulú. To this end, the relevance of the evidence provided during the proceeding will be analyzed in order to determine the existence of such discrimination, taking into consideration that it is often difficult for consumers to prove that they have been treated differently.

Likewise, it will be analyzed whether the corrective measures and the sanction imposed are suitable to prevent future acts of discrimination.

The conclusions are detailed in section 7 of this report.

Key words: Discrimination, consumption, sanctioning procedure, consumer.

Índice

Introducción	1
Justificación de la elección de la resolución	3
Relación de los hechos sobre los hechos que versa la controversia de la que trata la Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI (materia de análisis)	5
Expediente N° 847-2012/CPC – Procedimiento iniciado de oficio por la Secretaría de la Comisión de Protección al Consumidor	6
Expediente N° 1073-2012/CPC: Denuncia realizada por Godfrey Arbulú Grippa	6
Petitorio de la Srta. Arbulú:	8
Medios probatorios presentados por la Srta. Arbulú:	9
Descargos de Gothic Entertainment S.A. (denunciada)	9
Medios probatorios presentados por Gothic Entertainment S.A. (denunciada)	11
Resolución N° 715.2013/CC1: Posición de la Comisión de Protección al Consumidor	11
Apelación de Gótica respecto a la Resolución N° 715.2013/CC1	17
Resolución N° 1197-2014/SPC-INDECOPI: Posición de la Sala Especializada en Protección al Consumidor.	18
Relación de los hechos sobre los que versa la controversia de la que trata la resolución	19
Identificación de los principales problemas jurídicos	20
Análisis y posición fundamentada sobre los problemas de la Resolución	21
El actuar de la denunciada, Gótica, ¿Configura o no un acto de discriminación al intentar desincentivar el ingreso de la Srta. Arbulú a las instalaciones de la discoteca?	21
El actuar de la denunciada, Gótica, respecto al precio de las entradas ¿Vulnera o no el derecho a la información de la Srta. Arbulú en su calidad de consumidor?	37
Debido a que la conducta de la conducta se materializó a través de los miembros del personal de seguridad, ¿Es o no responsable Gótica de los actos perpetrados por los miembros de su equipo de seguridad?	43
¿Es correcta la reforma respecto a la Sanción: multa impuesta de 100 UIT - Resolución 715?2013/CC1, la cual luego se modifica a 50 UIT – Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI?	47
Conclusiones	50
Recomendaciones	51
Referencias bibliográficas	52

Introducción

La vigente Constitución Política del Perú de 1993, norma de mayor rango de todo nuestro ordenamiento jurídico, establece el derecho fundamental de toda persona a la igualdad ante la ley. En su artículo 2.2, claramente se estipula que ninguna persona debe ser discriminada por motivos tales como de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.¹ Complementando ello, el Tribunal Constitucional ha establecido la doble condición del derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley, señalando que la igualdad: *“constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (‘motivo’ de cualquier otra índole’) que, jurídicamente, resulten relevantes”*.²

Bajo la misma línea, existen Tratados internacionales en materia de derechos humanos, suscritos por el Perú, como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ((O.E.A.), 1969), que instauran la obligación a los Estados Partes 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.”* Asimismo, existe un gran número de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de

¹ Constitución Política del Perú (1993). Diario Oficial el Peruano.

Artículo 2°. - 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.

(...)

² Tribunal Constitucional. STC del Exp. N° 0045-2004-PI, FJ. 20; STC del Exp. N° 00033-2007-PI/TC, FJ, 57 y STC del Exp. N° 02437-2013-PA/TC, FJ. 4.

Derechos Humanos³, a las cuales se hará referencia en el presente informe, que resuelven indicando que los Estados deben garantizar el ejercicio de los derechos y libertades de las personas “sin discriminación alguna”. Ello implica que **el Estado no debe tolerar, más bien debe revertir, cualquier situación de discriminación en sus sociedades.**

Queda claro entonces que no solo existe una prohibición a la discriminación establecida en nuestro ordenamiento jurídico, sino que dicha prohibición se extiende a nivel internacional estableciendo a los Estados el deber de velar por la protección, así como, garantizar el libre ejercicio de los derechos individuales.

En ese sentido, y aterrizando al tema materia del presente informe, cabe indicar que nuestra legislación establece en materia de Consumidor, una prohibición adicional relacionada con los derechos de las personas, denominados “consumidores” para sus alcances. Es así que, a través del artículo 38° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, se prohíbe la discriminación en el consumo, sancionando este tipo de conductas por ser consideradas como infracciones administrativas.⁴ Dicha prohibición, se ve reforzada por lo establecido en los lineamientos elaborados por la agencia protectora de los derechos de los consumidores, como lo es, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Sala Especializada en Protección al Consumidor , 2019).

La discriminación en el consumo puede llevarse a cabo y materializarse en diversos sectores y bajo distintas índoles, lo cual abarcará gran parte del análisis de los siguientes

³ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012).

⁴ Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores

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

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

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

capítulos, sin embargo, a efectos de este informe me centraré en un tipo de discriminación en específico, siendo esta, la discriminación por motivos de identidad de género.

Al prohibir la discriminación en todas sus expresiones, a través del término “*de cualquier otra índole*”, se desprende la prohibición de un trato discriminatorio por la orientación sexual o por la identidad de género, siendo estas “categorías” protegidas contra actos discriminatorios. Bajo la misma línea el Código de Protección al Consumidor también protege a la comunidad LGTBIQ+: a homosexuales, bisexuales, personas Transgénero o Transexuales, o cualquier otra persona, frente a la discriminación. Es importante mencionar que Indecopi, a través de diversas resoluciones, hace referencia a que, la discriminación sustentada en causas de orientación sexual, incluyendo la identidad de género, constituye un supuesto de discriminación en el consumo agravada.⁵

A través del presente informe, analizaré la Resolución N° 1197-2014/SPC-INDECOPI, emitida por la Sala especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Indecopi, a fin de determinar si la decisión y los criterios interpretativos y de análisis adoptados, a través de la misma, fueron acertados al determinar si la empresa denunciada: Gothic Entertainment S.A. realizó prácticas discriminatorias en materia de consumo en contra de la denunciante: Manuel Godfrey Arbulú Grippa (en adelante, “Srta. Arbulú”), una persona Transgénero.

Justificación de la elección de la resolución

En palabras de Fernández Sessarego (Fernández Sessarego, El Derecho como libertad, 1994)“*el hombre no tiene ni deja de tener libertad, sino que es libertad.*” En suma, el hombre es la libertad que transmite, sin libertad no existirían los hombres, eso es lo que nos diferencia por ejemplo de los animales. Por ello, considero que cada uno es libre de autodefinirse, y discriminar a las personas por expresarse bajo dicha libertad, no es solo inconstitucional, sino es un error garrafal que contradice nuestra esencia como seres humanos libres.

⁵ Ver las resoluciones N° 2758-2019/SPC-INDECOPI, 5016-2016/SPC-INDECOPI, 3241-2016/SPC-INDECOPI, 1197-2014/SPC-INDECOPI.

En el 2013, se eliminó del Manual Diagnóstico y Estadístico de los trastornos mentales, de la Asociación Americana de Psiquiatría, el llamado “trastorno de identidad de género”. Este manual describe los síntomas y criterios de interpretación de diagnosticar trastornos mentales. Ahora, al eliminar lo anterior, se incluyó en el Manual el término de “disforia de género”, que versa sobre la angustia y estrés generado a las personas que sienten que su sexo no coincide con su identidad de género. En suma, el trastorno mental surge no por ser Transgénero, sino por las vivencias y experiencias que afectan a estas personas por la discriminación que sufren de la sociedad donde se desarrollan. (Mas Grau, 2017).

Las personas LGTBIQ+ afrontan recurrentes problemas y afectaciones a su libertad, se ven limitadxs en el pleno ejercicio de sus derechos debido a los prejuicios, estereotipos y estigmas, construidos por una sociedad retrograda. Esta situación los convierte en un grupo vulnerable y con el riesgo de sufrir actos de discriminación, exclusión y negación de derechos. (Defensoría del Pueblo, 2018).

En 2019, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con la colaboración de IPSOS, realizó una investigación, donde se encuestó a 3312 peruanos respecto a su percepción sobre ciertos grupos vulnerables, uno de ellos, la población LGTBIQ+. Como resultado, se evidenció que 71% de los peruanos encuestados considera que las personas homosexuales, bisexuales y transexuales son muy discriminadas en nuestra sociedad. Asimismo, la investigación compara este porcentaje de discriminación con otros grupos, siendo la comunidad LGTBIQ+ el grupo vulnerable que arrojó la mayor cifra. Además, 37% de los encuestados indicaron que, si tuvieran una empresa, no estarían dispuestos a contratar a una persona trans (Ipsos, 2020). Bajo la misma línea, la ONG Presente, elaboró un estudio, un año antes, que evidenció que el 80% de empresas peruanas no cuentan con políticas laborales a favor de la diversidad y la inclusión. (Perú 21, 2019).

Dicho resultado, no es del todo sorprendente, ya que recién, hace unos pocos años, ha cobrado relevancia la protección de los derechos humanos de las personas, más aún para aquellos pertenecientes a la comunidad LGTBIQ+, quienes en las décadas pasadas sufrieron de un sinnúmero de actos discriminatorios dada su orientación sexual e identidad de género; así como por la forma en la que ellos mismos decidieron expresar su identidad y sexualidad. Considero frente a este descuido por parte de los países de tomar acción al respecto, hasta luego de varios años, que es fundamental que el Estado peruano

como país y, como Estado miembro de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, esté a la vanguardia de estos cambios y propicie la urgencia de implementar en su sistema jurídico mecanismos de protección, en todo ámbito y para todo acto de discriminación. El Indecopi, por ejemplo, como órgano que tutela los derechos de los consumidores, debe velar por que los intereses de los mismos prevalezcan frente a los actos que pudiesen perpetrar las empresas, que terminen por lesionar o limitar la expresión de los derechos bajo todas sus variantes y expresiones.

Es por este motivo que la elección de esta resolución se basa en que todo ámbito de discriminación debe ser descartado y sancionado. Es por ello que todo acto de discriminación, realizado a través de un trato diferenciado sin una justificación razonable y sin que exista de por medio una causa objetiva que lo justifique, está prohibido y debe sancionarse⁶ por atentar contra derechos constitucionalmente protegidos como lo son: la igualdad y la dignidad de las personas.

Relación de los hechos sobre los hechos que versa la controversia de la que trata la Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI (materia de análisis)

Tal como se adelantó anteriormente, en el presente informe se analizará la Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI (recaído en los Expedientes Nros. 847-2012/CPC y 1073°-20120/CPC).

A fin de contextualizar la resolución, en el presente capítulo nos limitaremos a exponer los hechos que fundamentan la misma, así como los argumentos principales que otorgaron las partes intervinientes: la denunciada, la denunciante, la Comisión de Protección al Consumidor N° 1 y, por último, la Sala de Especializada en Protección al Consumidor.

⁶ Inciso 3° del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que: “*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*”

Expediente N° 847-2012/CPC – Procedimiento iniciado de oficio por la Secretaría de la Comisión de Protección al Consumidor

- El 02/05/2012, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 inició un procedimiento sancionador de oficio en contra de Gothic Entertainment S.A. (en adelante, Gótica). En la Resolución N° 1, se imputó a título de cargo una presunta infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor: precisamente a los artículos 1.1 literal c, y el 38. Se argumentó al respecto que Gótica habría perpetrado contra una mujer Transgénero, Godfrey Manuel Arbulú Grippa (en adelante, Srta. Arbulú o la denunciante) prácticas discriminatorias al impedirle el ingreso a las instalaciones de la discoteca.

Frente a este impedimento, no existieron causales objetivas ni razonables que pudieran justificar el actuar de los miembros del equipo de seguridad (en adelante, VIPS o guardias), simplemente no se permitió el ingreso de la denunciante, el 27/04/2012, pese a que estaba en la lista de invitados. Cabe mencionar que el resto de los consumidores si pudieron ingresar sin mayores impedimentos o barreras, dicha actitud fue únicamente perpetrada en contra y en perjuicio de la denunciante.

- La presunta comisión del acto discriminatorio fue difundida en el programa televisivo: “La Noche es Mía”, el cual se transmitía en el canal 2 ‘Frecuencia Latina’ hoy ‘Latina Televisión. La nota versaba sobre la presunta comisión una práctica discriminatoria en contra de una mujer Transgénero que pretendía, sin éxito, ingresar a la Discoteca Gótica.

Expediente N° 1073-2012/CPC: Denuncia realizada por Godfrey Arbulú Grippa

- El 30/05/2012, casi un mes después de iniciado el procedimiento sancionador de oficio por la Secretaría Técnica, la Srta. Arbulú denunció a la empresa Gothic Entertainment S.A., indicando lo siguiente:
 - El 27/04/2012, un viernes, la Srta. Arbulú se acercó a las instalaciones de la discoteca Gótica en Larcomar, en calidad de invitada, como parte del listado, enviado, a través de la red social Facebook, a la discoteca Gótica,

de uno de los promotores de la discoteca, llamado Diego Luna Vilches (en adelante, el “Sr. Luna”).

- La Srta. Arbulú estaba acompañada de dos amigos: Jorge Tokeshi (en adelante, el “Sr. Tokeshi”), y Carla Martínez (en adelante, la “Sra. Martínez”).
- El 27/04/2012 se realizó en Gótica un evento de moda, llamado “*Lima Fashion Week*”.
- Al momento de llegar a Gótica había una serie de colas afuera a fin de poder ingresar, también se encontraba el personal de seguridad organizando dichas colas y el ingreso de las personas al local.
- Al momento de llegar, en la entrada de la discoteca, un miembro del personal de seguridad, le solicitó que se identificara y que mostrara su DNI (Documento Nacional de Identidad). Luego lo miró y le indicó que no podía ingresar a la discoteca bajo la justificación que ya habían ingresado el número máximo de invitados por la Lista del Sr. Luna, es decir ocho personas.
- La Srta. Arbulú y sus amigos acompañantes: Sr. Tokeshi y Sra. Martínez, no pudieron entrar a la discoteca por esta primera vía.
- La Srta. Arbulú, alega que uno de los miembros de seguridad increpó al Sr. Luna por haberla invitado, aduciendo que por su supuesta condición de travesti no debió hacerlo.
- Dada la negativa del primer VIP para entrar, la Srta. Arbulú se acercó donde un segundo VIP a fin de buscar otra alternativa para poder ingresar. Esta vez preguntando respecto al precio de la entrada y recibiendo como respuesta del miembro del personal de seguridad que el precio era de S/ 100.00 para los invitados de socios.
- Más adelante, un tercer miembro del personal de seguridad, le indicó que el precio era el doble, es decir, S/ 200.00, sin dar razones para tal incremento.

- Según la página web de la discoteca, se establecía que el precio de la entrada habitual era de S/ 50.00
- Dada la negativa de los miembros del personal de seguridad para que la Srta. Arbulú ingresara como invitada, la denunciante solicitó que le permitan pagar el precio de la entrada para poder entrar. Frente a ello, los VIPS le indicaron que debía esperar que terminara el evento para ver si podía pagar la entrada o no. Dado que notaron que la denunciante, ya sintiendo un trato desigual, estaba grabándolos, la dejaron pasar a la caja para cancelar el precio de la entrada.
- Dadas las contradicciones respecto al precio, en vez de la Srta. Arbulú, una de sus amigas, la Sra. Martínez, se acercó a la caja para pagar, en donde le informaron que el precio de la entrada era S/ 200.00, cabe resaltar que antes le habían indicado que era S/ 100.00.
- Luego de ser expuesto el caso en el programa televisivo, “La Noche es Mía”, el cual se transmitía en el canal 2 ‘Frecuencia Latina’ la Srta. Arbulú recibió la llamada de la Srta. Fabiola Huerta (en adelante, la Srta. Huerta), quien trabajaba en la discoteca Gótica, y se mostró de acuerdo el acto de discriminación cometido contra la Srta. Arbulú.

Petitorio de la Srta. Arbulú:

A través del Expediente N° 1073-2012/CPC, la denunciante solicitó que la comisión ordene lo siguiente:

- Que Gótica se abstenga de ejercer cualquier práctica que implique una conducta discriminatoria contra los consumidores.
- Que a través de la página web de Gótica se publique un aviso que la empresa se compromete a no realizar actos de discriminación en contra de las personas por su identidad de género y orientación sexual.
- Que Gótica se comprometa a capacitar a su personal en materia de derechos humanos y no discriminación.
- Disculpas públicas por los actos discriminatorios cometidos contra su persona.

El 18/06/2012, la Secretaría Técnica imputó cargos contra la empresa Gothic Entertainment S.A. debido a que se le impidió el acceso a la discoteca sin justificación objetiva y/o razonable. Asimismo, el personal de seguridad estableció una serie de impedimentos para limitar su acceso, por ejemplo: distintos precios de la entrada.

Medios probatorios presentados por la Srta. Arbulú:

Medios probatorios contenidos en la resolución N° 1197-2014/SPC-INDECOPI, de fecha 10/04/2012:

- CD que contenía el testimonio de Johanna Alejandra Fabián Huertas, quien fue testigo de las expresiones despectivas y discriminatorias del personal de seguridad hacia la Srta. Arbulú.

El 09/08/2012, a través de un escrito, la denunciante solicita que se recaben los videos de seguridad del día de los hechos (27/04/2012). Asimismo, presenta los siguientes medios probatorios que sustentan lo alegado por su parte como denunciante:

- Copia simple de captura de imagen de la página web de la discoteca Gótica, en la cual el costo de la entrada es de S/ 50.00
- Audio de la llamada de fecha 26/07 a la discoteca para solicitar información del costo de las entradas en donde se señala que el costo es de S/ 50.00
- Audio y transcripción del día de los hechos (27/04/2012) materia de la denuncia, contiene la grabación de la conversación de la denunciante con los miembros de seguridad en la entrada de la discoteca.

Descargos de Gothic Entertainment S.A. (denunciada)

En respuesta a las acusaciones anteriormente señaladas, efectuadas por la denunciante y según constan en el Expediente N° 1073-2012/CPC, Gótica, la denunciada, sostuvo lo siguiente:

- El ingreso de los consumidores a su local, el día de los hechos (27/04/2012) estuvo segmentado en tres filas:
 - La primera fila para el ingreso de las personas cuyos nombres figuraban en las listas de invitados, las cuales debieron ser enviadas por la red social Facebook, o algún otro medio de publicidad autorizado por su empresa. Estos invitados, quienes debían figurar en las listas de los promotores, ingresaban de forma gratuita, sin pagar el precio de la entrada, hasta cierta hora determinada.
 - La segunda fila para el ingreso de los socios de la discoteca, quienes debían portar su carnet e identificarse con el mismo. Los socios podían ingresar con tres acompañantes invitados y ocho invitados pagantes a precio preferente.
 - La tercera fila para el ingreso del público en general pagando la entrada a un precio de S/ 200.00 en caja.
- Que la Srta. Arbulú mostró una actitud insistente para ingresar por la segunda fila, que era únicamente para socios.
- La conducta y el accionar de los miembros de seguridad de su empresa era correcto al no permitir que ingrese por esa fila, ya que no era socio y ello no es discriminatorio.
- Que el Sr. Luna, uno de los socios promotores de la discoteca, no incluyó al denunciante en su lista de invitados.
- Que se le permitió el acceso sin problemas al denunciante por la fila que le correspondía, es decir como parte del público en general, para que pueda pagar su entrada como todo el resto de consumidores.
- Que una vez en la caja, al momento de pagar su entrada, el denunciante decidió no realizar el pago y se retiró del local sin dar ninguna explicación al personal de seguridad.

Medios probatorios presentados por Gothic Entertainment S.A. (denunciada)

Complementando los hechos antes mencionados, la denunciada presenta los siguientes medios probatorios que sustentan lo alegado por su parte:

- Un CD que contenía un video del día de los hechos (27/04/2012) en donde se mostraba la parte interior de las instalaciones de la discoteca, especialmente enfocando el pasillo que llevaba a la caja.
- Una declaración jurada del Sr. Luna indicando que la parte denunciante no era su invitado y no formaba parte de la lista que había enviado a la discoteca la noche que ocurrieron los hechos (27/04/2012).

Resolución N° 715.2013/CC1: Posición de la Comisión de Protección al Consumidor

Mediante Resolución N° 715.2013/CC1, de fecha. 31 de julio de 2013, la Comisión de Protección al Consumidor resolvió lo siguiente:

- **Sobre la acumulación de los expedientes:**
 - Dispuso la acumulación del expediente N° 1073-2012/CPC al expediente N° 847-2012/CPC, bajo los cuales se tramitaba, respectivamente, el procedimiento de oficio iniciado por la Secretaría Técnica, y la denuncia interpuesta por la Srta. Arbulú. Ello, por existir conexidad entre ellos⁷, es decir de acumulan las dos denuncias dada su vinculación y relación estrecha.⁸

⁷ CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Artículo 84°.- Conexidad

Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas.

⁸ El artículo 149 de la Ley 27444, Ley del procedimiento Administrativo General, establece la facultad que tiene la autoridad responsable de la instrucción para disponer, mediante resolución irrecurrible, la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

- **Sobre la imputación de cargos:**

- Declaró fundado, respecto a lo imputado en el procedimiento de oficio, por la Secretaría Técnica, y de lo denunciado por la Srta. Arbulú contra Gótica, debido a la infracción de los artículos 1.1, literal d)⁹, 38.1 y 38.3¹⁰ del código de protección y defensa del consumidor. Ello, al quedar acreditado que el personal de seguridad de la discoteca incurrió en una conducta discriminatoria al condicionar el ingreso de la Srta. Arbulú, a las instalaciones de la discoteca en Larcomar, debido a que se le informó un precio superior al requerido al resto de los consumidores dada su condición de Transgénero. Asimismo, la Comisión de Protección al Consumidor consideró que los hechos denunciados tanto de oficio como de parte eran muy similares, por lo que decide unificar ambas.

Ley No. 7444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 149°.-Acumulación de procedimientos

La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrativos, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

⁹ LEY No 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Artículo 1°. - 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.

(...)

¹⁰ LEY No 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Artículo 38°. - Prohibición de discriminación de consumidores

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de Eos 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.

- Sin embargo, se deja de lado la imputación efectuada por la Secretaría Técnica (Expediente N° 847-2012/CPC), respecto a una posible vulneración al literal c) del numeral 1.1 del artículo 1 del Código, por una presunta vulneración del derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores. Ello, debido a que la controversia implica una posible afectación al derecho del consumidor a no ser discriminado, por lo que le es aplicable el literal d.

- **Sobre la infracción imputada a Gótica:**

- En su denuncia la Srta. Arbulú señaló que acudió a Gótica el 27/04/2012, a fin de acudir a un evento al cual fue invitada por un promotor de la discoteca, el Sr. Luna, y se le negó el acceso. Mediante los videos que obran en el expediente se puede verificar que la Srta. Arbulú no ingresó a la discoteca a través de la lista de invitados, sino que se dirigió a la caja. Frente a ello, el Sr. Luna declaró que los datos de los invitados se le enviaron tarde, por lo que en la nómina de acceso no se incluyó el nombre de la Srta. Arbulú (ni sus acompañantes). En suma, no estaban en la lista y ello justifica la negativa del personal de seguridad para permitir el acceso a través de dicha fila. Por ende, no habría una negativa injustificada ni un trato discriminatorio al denegar el ingreso de la denunciante por este motivo.

- **Sobre el incremento irregular del precio de la entrada para acceder a Gótica:**

- En su denuncia la Srta. Arbulú señaló que los agentes de seguridad le brindaron precios de entrada distintos a ella y a sus amigos; inicialmente se le comunicó que el costo de la entrada era de S/ 100.00, y luego que era de S/ 200.00. Sin embargo, el precio regular según la página web de Gótica, era de S/50.00.
- De acuerdo a los medios de prueba presentados, se acredita que efectivamente el precio regular de la entrada a la discoteca, Gótica, era de S/50.00, motivo por el cual se comprueba el trato desigual que recibió la Srta. Arbulú, en tanto el personal de seguridad le informó de manera distorsionada el precio de la entrada, sin justificación alguna.

- Obra en el expediente la impresión de la página web de Gótica del día 30 de mayo de 2012, en la cual se precisa que el costo de la entrada general es de S/50,00.
 - En ninguna parte de la página web se hace referencia a que existan posibles cobros de S/100.00 ó S/ 200.00
 - En el informe oral, que se encuentra registrada en el audio que obra a fojas 139 del expediente No 1073-2012/CPC, la representante de Gótica precisa que el precio de la entrada era S/ 50.00. Asimismo, se le preguntó si dado el evento “*Lima Fashion Week*” podría variar el precio, a lo que se indicó que ese día el precio de la entrada era normal.
- **Sobre el trato desigual que constituye una práctica discriminatoria vinculada a la opción sexual de la Srta. Arbulú:**
 - Los testimonios de la Sra. Martínez y del Sr. Tokeshi, testigos presenciales directos de los hechos, constituyen dos indicios que corroboran los hechos alegados por la Srta. Arbulú respecto a que, uno de los miembros de seguridad (el jefe) le increpó al Sr. Luna por haberla invitado.
 - De la revisión del video de seguridad de la entrada de la discoteca, así como de la grabación de la denunciante en su celular, la corrobora que se le hizo esperar en la entrada por un lapso de tiempo mayor a lo usual y prudencial, lo que denota una conducta inusual por parte de la discoteca, en tanto, al presuntamente no encontrarse en la lista de invitados, debieron orientarlo para que pueda comprar la entrada y facilitarle las medidas para su ingreso.
 - Se acredita que la conducta infractora del personal de seguridad de la discoteca no es justificada, así como tampoco el tiempo de demora en permitir el ingreso de la Srta. Arbulú a la caja. Ello, más aún dado que en las grabaciones se nota que no hay más personas en fila y que los miembros del personal de seguridad conversaban mientras los hacían esperar.

- De lo anterior, se puede afirmar que los miembros de seguridad intentaron disuadirlo de ingresar a la discoteca.

- **Sobre las medidas correctivas:**

- La Comisión considera que las medidas correctivas solicitadas por la Srta. Arbulú son congruentes con la infracción verificada en el presente procedimiento, en tanto a través del mismo se ha acreditado una práctica discriminatoria sustentada en una distinción basada en la opción sexual de la Srta. Arbulú.
- La Comisión, consideró que corresponde ordenar a Gótica, en calidad de medidas correctivas que:
 - En un plazo máximo de cinco (5) días hábiles:
 - Remita una carta a la denunciante ofreciéndole una disculpa por el trato discriminatorio brindado; y,
 - Publique un aviso en su página web y coloque un aviso fácilmente visible para todos los consumidores en la entrada de la discoteca, con el texto: "Gothic Entertainment S.A. informa al público en general que en la discoteca "Gótica" se encuentran prohibidas todas las prácticas discriminatorias a consumidores por cualquier motivo, incluyendo distinciones injustificadas por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, opción sexual o cualquier otro motivo." Dichos avisos deberán permanecer por el lapso de seis (6) meses.
 - En un plazo máximo de treinta (30) días calendario capacite a todo su personal para que se eviten la realización de prácticas discriminatorias, debiendo acreditar dicha capacitación ante la Secretaría Técnica.
 - Se abstenga de realizar prácticas discriminatorias de cualquier índole.

- **Sobre la graduación de la Sanción:**

- Habiéndose determinado la existencia de la infracción administrativa, se determinó la sanción a imponer dado que la práctica discriminatoria cometida por Gótica impactó directamente en la identidad sexual de la Srta. Arbulú, en tanto a ello se califica como muy grave la conducta infractora.
- Sanción:
 - 95 UIT: Debido a que quedó acreditada la conducta discriminatoria en la que incurrió Gótica, contra la Srta. Arbulú, por su condición de Transgénero.
 - 5 UIT: agravante dado que Gótica brindó información errada a la Administración y su defensa no estuvo guiado por la buena fé procedimental,¹¹ declaró en el proceso que la entrada costaba S/200.00, sin embargo, se demostró que el costo real era de S/ 50.00.
 - Total: Multa de 100 UIT.
- **Sobre las costas y costos del procedimiento:**
 - Dado que quedó acreditada la infracción cometida por Gótica, se le ordenó el pago de las costas y costos del presente procedimiento. En consecuencia, Gótica pagó a la Srta. Arbulú las costas del procedimiento: S/ 36.00
- **Sobre la inscripción de Gótica en el Registro de infracciones y sanciones del INDECOPI:**
 - Se ordenó la inscripción de Gótica en el Registro de infracciones y sanciones del INDECOPI.

¹¹ El Código reconoce como uno de los agravantes de infracción, la conducta del proveedor que a lo largo del procedimiento contravenga el principio de conducta procedimental, entendiéndose por éste, de acuerdo a lo establecido por la Ley No 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la obligación de todos los participantes en un procedimiento a realizar sus actos guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe.

- **Sobre la remisión de una copia de la Resolución a la Defensoría del Pueblo:**
 - Se ordenó a la Secretaría Técnica que remita a la Defensoría del Pueblo una copia de la presente resolución.

Apelación de Gótica respecto a la Resolución N° 715.2013/CC1

El 12/08/2013, Gothic Entertainment, al ser notificados con la Resolución No. 715-2013/CC1, presentó un recurso impugnatorio de apelación, argumentando lo siguiente:

- Es falso que se haya cobrado a la denunciante un pago mayor al normalmente cobrado a nuestros asistentes.
- El procedimiento administrativo vulnera el debido proceso dado que de manera arbitraria da por ciertos hechos que no son ciertos y toma por ciertas las declaraciones de las amistades de la denunciante, y les atribuye una multa inclusiva mayor a los antecedentes previamente ocurridos en relación de actos discriminatorios de la misma naturaleza.
- La empresa no pudo ejercer su defensa sobre el extremo referido al precio de la entrada a la discoteca.
- Los miembros de seguridad cumplieron con su función se mantener el orden en las filas de ingreso a la discoteca, mientras que la persona en la caja era la encargada de cobrar el precio de las entradas al público en general.
- No quedó acreditado que a la parte denunciante se le solicitó un pago mayor al normalmente establecido como ingreso.
- La demora en la entrada se produjo por culpa del denunciante, quien no se decidía si quería o no pagar el precio de la entrada.
- No debía aplicársele algún agravante en tanto su conducta fue acorde al principio de Buena Fe Procedimental.

Resolución N° 1197-2014/SPC-INDECOPI: Posición de la Sala Especializada en Protección al Consumidor.

El 10/04/2014, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala), resolvió lo siguiente:

- Confirmó la Resolución 715-2013/CC1, de fecha 31/07/2013. Fundamentó su decisión en que Gótica condicionó el ingreso de la Srta. Arbulú a la discoteca Gótica, al pago de una suma mayor a la requerida a los consumidores en general, debido a su condición de Transgénero, incurriendo así en un acto de discriminación. Asimismo, agregó que se dificultó el ingreso a la Srta. Arbulú toda vez que se le brindó información confusa y distorsionando el precio.
- Al respecto, la Sala argumenta que dada la existencia de indicios suficientes de que el trato que la Srta. Arbulú recibió de parte del personal de seguridad de la discoteca configuró una conducta discriminatoria.
- Confirmó las medidas correctivas ordenadas por la Comisión.
- Revocó la resolución de la Comisión en el extremo de la multa impuesta de 100 UIT y, reformándola se le impuso una multa de 50 UIT.
 - La Sala se encontró de acuerdo con los criterios aplicados por la Comisión en la Resolución 715-2013/CC1, sin embargo, discrepa de la decisión de imponer una multa de 100 UIT.
 - Debe tenerse en cuenta el principio de predictibilidad que rige los procedimientos administrativos¹², que, en recientes pronunciamientos de

¹² 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. - La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que, a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

(...)

la Sala en materia de discriminación, impuso a diversas denunciadas multas de 45 UIT.

- Ejemplos:
 - Resolución 213-2012/SC2-INDECOPI¹³
 - Multa: 45 UIT
 - Resolución 854-2014/SPC-INDECOPI¹⁴
 - Multa: 45 UIT
 - Resolución 3128-2013/SPC- INEDCOPI¹⁵
 - Multa: 51 UIT

Relación de los hechos sobre los que versa la controversia de la que trata la resolución

Del análisis realizado en el punto 3.4, 3.5 y 3.6, podemos afirmar que el presente caso, el cual se desprende de la Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI y los expedientes 847-2012/CPC y 1073-2012/CPC, acumulados, tenemos como hecho relevante la configuración (o no) de una práctica discriminatoria en agravio de la Srta. Arbulú por parte de la empresa Gothic Entertainment S.A. Dicha práctica discriminatoria se materializa, como puede desprenderse del análisis efectuado, a través de la discriminación al consumo dada su condición de Transgénero, por lo cual se le intento disuadir de ingresar a la discoteca, dándole información distorsionada sobre los precios del ingreso a

¹³ Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, emitida el 11 de julio de 2012, en el marco del procedimiento iniciado por el Sr. Miguel Ángel Céliz Ocampo contra Rimac International Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.

¹⁴ Resolución 854-2014/SPC-INDECOPI, emitida el 13 de marzo de 2014, en el marco del procedimiento iniciado por de oficio contra Peruvian Air Line S.A. Se impidió el acceso de una colectividad de usuarios cuya discapacidad era la sordomudez, al ser impedidos arbitrariamente de abordar a los vuelos contratados, al considerar que una persona sordomuda no podía valerse por sí misma o que no era autosuficiente, implicó una vulneración al derecho de igualdad de trato y a la no discriminación.

¹⁵ Resolución 3128-2013/SPC- INDECOPI, emitida el 19 de noviembre del 2013, en el marco del procedimiento iniciado por la Señora Juana Elena Tueros Lara contra la Asociación de Manualidades y Arte Decorativo.

las instalaciones de la discoteca en Larcomar, así como dilatando injustificadamente su ingreso.

Identificación de los principales problemas jurídicos

Del análisis de la Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI y los expedientes 847-2012/CPC y 1073-2012/CPC, acumulados, podemos identificar los siguientes problemas jurídicos:

- i) El actuar de la denunciada, Gótica, ¿Configura o no un acto de discriminación al intentar desincentivar el ingreso de la Srta. Arbulú a las instalaciones de la discoteca?
- ii) El actuar de la denunciada, Gótica, respecto al precio de las entradas ¿Vulnera o no el derecho a la información de la Srta. Arbulú en su calidad de consumidor?
- iii) Debido a que la conducta de la conducta se materializó a través de los miembros del personal de seguridad, ¿Es o no responsable Gótica de los actos perpetrados por los miembros de su equipo de seguridad?
- iv) ¿Es correcta la reforma respecto a la Sanción: multa impuesta de 100 UIT - Resolución 715?2013/CC1, la cual luego se modifica a 50 UIT – Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI

Análisis y posición fundamentada sobre los problemas de la Resolución

El actuar de la denunciada, Gótica, ¿Configura o no un acto de discriminación al intentar desincentivar el ingreso de la Srta. Arbulú a las instalaciones de la discoteca?

Derecho a la Dignidad.

A fin de dilucidar los derechos en cuestión, es fundamental delimitar qué entender por el derecho a la Dignidad, dado que dentro de un ámbito de consumo este derecho es uno de los principalmente afectados. El derecho a la dignidad es un derecho constitucionalmente protegido en el artículo 1 de nuestra Constitución “La defensa de la persona humana y **el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado**”. Este enunciado constitucional, según la opinión del autor Carlos Fernández Sessarego (Fernández Sessarego, Constitución Comentada, 2013, pág. 219) “todas aquellas que conforman el ordenamiento jurídico del país, además, la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad constituyen la razón de ser del Derecho.”

Tal como se desprende del citado artículo constitucional, se puede apreciar que se considera digno al ser humano por el solo hecho de serlo, además tiene el mérito de destacarse en el carácter universal e igualitario de la misma. En la misma línea, la declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 1 establece que “la igualdad de los seres humanos al nacer libres e iguales en dignidad y derechos dotados (como están de razón y conciencia) deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

En palabras de Enrique Varsi Rospigliosi:

“El derecho fue creado por y para el hombre. Es el máximo protagonista, el actor principal de esta representación social que es la vida. La persona es un prius para el Derecho, una categoría ontológica y moral, no meramente históricas o jurídicas, es el centro de gravedad de todo ordenamiento jurídico democrático. Su juridización busca ofrecerle una protección y directa seguridad. El ser humano se personifica, se tecnifica.”

Esta le da forma y le ofrece un lugar, digno y merecedor.” (Varsi Rospigliosi, 2014, págs. 213-225)

En ese sentido, se debe reconocer que estamos frente a un derecho fundamental que se extiende y abarca todo el ordenamiento jurídico en general; la dignidad de las personas puede ser considerada como un atributo inherente a toda persona, ya que todos tenemos, como seres humanos, tenemos derecho a un trato digno. Sin embargo, hoy en día vemos como esto no siempre se cumple al encontrarnos con situaciones de vulneración de este derecho, a través de tratos desiguales, discriminación, entre otros maltratos que afectan a ciertos grupos de personas, sobre todo aquellas en condiciones vulnerables.

Principio de igualdad.

Tal como se adelantó, el derecho a la dignidad va acompañado y de la mano con el derecho a la igualdad. El derecho a la igualdad, por su parte, también se protege tanto a nivel normativo nacional como internacional. La Constitución Política del Perú, en su artículo 2.2., establece que toda persona tiene derecho a: “A la igualdad ante la ley...”.

Por su parte, internacionalmente, podemos remitirnos a como se trata el derecho a la igualdad:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su artículo 1 que: *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*. Asimismo, en su artículo 7 indica que *“todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, estipula en su artículo 1.1 que *“[l]os 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". De igual modo, en su artículo 24° señala que *"todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley"*.

- Asimismo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26, establece que *"[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. (...)"*. En ese sentido, es responsabilidad y deber de los Estados proteger y propiciar un ambiente de igualdad dentro de los miembros de sus Estados.

Cabe mencionar, que el principio de igualdad: igualdad formal e igualdad material. La primera, establece que todas las personas deben ser tratadas por igual frente a la aplicación a la ley, y la segunda se refleja más bien con una situación particular, buscando la promoción de oportunidades en igualdad de condiciones para todos. (Revorio, 2017, págs. 28-33).

El mandato de no discriminación y el principio de la igualdad

Según Dinah Shelton:

"La humanidad es tan diversa como el número de personas que la han integrado: cada persona es un individuo único en lo que se refiere a sus atributos y su capacidad, sus metas y habilidades. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce y celebra esta diversidad, intentando garantizar la existencia de las condiciones necesarias para que cada persona pueda ejercer su propia autodeterminación en la realización de sus metas y capacidades lo más plenamente posible, de manera coherente con la realización personal de las demás personas." (Shelton, 2011, pág. 1).

En palabras de la referida autora, podemos entender que la igualdad y la prohibición de discriminación están intrínsecas en las garantías de derechos humanos que garantizan y protegen los derechos a "todas las personas," a "todo el mundo", o a "todos los seres

humanos”. Es por ello, que el derecho a la no discriminación es “el derecho humano más fundamental, es decir: el punto de partida de las demás libertades”.

Asimismo, la Carta de la ONU a los derechos humanos¹⁶, menciona solamente dos derechos explícitamente: la libre determinación y la no discriminación. Salvo por una excepción en el artículo 62, cada vez que en la Carta de la ONU se indica que “derechos humanos y libertades fundamentales” es seguida de las palabras “sin discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

Siendo el derecho a la no discriminación un derecho fundamental, el que es recogido y protegido a nivel nacional, a través de nuestra constitución¹⁷, así como internacionalmente a través de diversos Tratados internacionales en materia de derechos humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸, es importante definir dicho concepto. Es importante mencionar en ese punto que nuestra constitución en su artículo 2 no es una lista taxativa, se trata de una lista abierta dado que, dada la evolución constante de la sociedad, los derechos protegidos constitucionalmente no pueden limitarse a una lista inmutable; ello se ve reflejado según lo que lo que el propio artículo establece “o de cualquiera otra índole” lo cual debe ser interpretado según el contexto.

¹⁶ Carta de las Naciones Unidas

La Carta se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>. Acceso: 21/05/2021.

¹⁷ Constitución Política del Perú (1993). Diario Oficial el Peruano.

Artículo 2°. - 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.

(...)

¹⁸ Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, 22 noviembre 1969, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>

El Tribunal Constitucional peruano resaltó que los derechos fundamentales de derecho a la igualdad y no discriminación, así como los derechos de los consumidores, vinculan también a los privados, reconociendo así la protección de los referidos derechos fundamentales¹⁹. En tal sentido, de acuerdo al Tribunal Constitucional, *“la igualdad es, por un lado, un principio rector de todo el ordenamiento jurídico, de la organización y actuación del Estado y una regla básica que este debe garantizar y preservar por ser parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático y social de derecho; y, por otro lado, un derecho constitucional subjetivo que confiere a toda persona el derecho de ser tratada igual que los demás en relación con hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes”*.²⁰

En primer lugar, la no discriminación implica tratar equitativamente a los que están en situación de igualdad y dar un trato no igualitario y diferenciado a quienes se encuentran en una situación de desigualdad. Cabe mencionar, que no todo trato diferenciado equivale a discriminación, sino sólo el que no es razonable, es injustificado y perjudicial para la persona, es decir, están permitidas las diferencias que conllevan a un trato diferenciado basadas en el mérito, la capacidad o la habilidad individual, por ejemplo: medidas especiales para una persona con discapacidad física para que pueda adaptarse; pero las clasificaciones fundamentadas en supuestas características de grupo o las estereotipadas no están permitidas.

Podemos tomar como ejemplo jurisprudencial para ilustrar lo indicado, el caso de Marcelino Hanríquez et al con Argentina, en donde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos precisó estamos hablando de tratos diferenciados que implican discriminación cuando: *“a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue”*. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

¹⁹ Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú 14 de agosto de 2018, recaída en el Expediente N° 01643-2014-PA/TC.

²⁰ Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú N° 0261-2003-AA/TC, N° 3533-2003-AA/TC, N° 010-2002-AI/TC, y N° 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC.

Complementando lo anterior, dadas estas situaciones de trato diferenciado e injustificado, la Corte Interamericana, especificó en su Opinión Consultiva OC-18/03, que se obliga a los Estados parte a adoptar medidas positivas para promover la igualdad, señalando lo siguiente en palabras de la Corte:

“[...] 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”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

Por otro lado, el artículo 26 del PIDCP - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene un listado taxativo en relación a lista de razones prohibidas para la discriminación. Dado que prohíbe ciertas distinciones en el trato, como las motivadas por “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Por ello, la igualdad no requiere de un trato idéntico y permite, en cambio, “diferenciaciones razonables” entre individuos o grupos de individuos fundadas en razones pertinentes y significativas.²¹

Finalmente, podemos concluir que para que exista discriminación, debe tratarse de una distinción de cualquier tipo, entre personas o grupos que se encuentran en situaciones similares, salvo que exista una justificación objetiva y razonable. Ahora, aterrizando esta definición al informe en cuestión, podríamos considerar que los miembros del personal de seguridad de la denunciada, Gothic Entertainment, discriminaron a la Srta. Arbulú, yo considero que sí y que este actuar es evidente, ya que se le brindo un trato diferenciado

²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto..

sin que exista de por medio una justificación objetiva y razonable. Asimismo, considero importante mencionar que la Sala no profundiza lo suficiente en este tema, y no realiza un análisis detallado de porque estaríamos frente a un escenario de discriminación, lo cual procederé a realizar en este capítulo.

Tal como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incluye la orientación sexual como motivo prohibido de discriminación: los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los Transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos.²² La denunciante, la Srta. Arbulú, es una persona Transgénero que sufrió un trato discriminatorio por parte de los miembros de seguridad de la Discoteca Gótica al tratarla distinto que, al resto de los consumidores, sin justificación razonable, siendo el único sustento para este maltrato su condición de Transgénero.

¿Que tipos de discriminación existen y ante que tipo estaríamos?

Sobre el particular, en doctrina encontramos cuatro tipos de discriminación: directa, indirecta, estructural e interseccional.

Tipos de discriminación:

- Directa e indirecta
 - En la doctrina y jurisprudencia suelen distinguirse entre discriminación directa e indirecta, teniendo en consideración que tan evidente es la conducta discriminatoria.
 - Una discriminación directa se materializa cuando se trata diferenciadamente a un sujeto por motivos de sexo, raza, idioma, religión.

²² OBSERVACIÓN GENERAL No 20 - La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Párrafo 32.

- Por ejemplo, según la Defensoría del Pueblo (Defensoría del Pueblo, 2007, pág. 218) constituye discriminación directa:
“el hecho de que a una estudiante no se le permita continuar con sus estudios debido a su estado de embarazo o se le impida realizar sus prácticas pre-profesionales por tener una discapacidad. De igual modo, constituye una discriminación directa la restricción impuesta del acceso a un establecimiento abierto al público por tener determinados rasgos físicos”.

- Por el contrario, la discriminación será indirecta cuando a partir de tratamientos que aparentan ser neutrales se generan, en la realidad, consecuencias perjudiciales para determinada persona o grupo de personas.
- Según Neves Mujica (Neves Mujica, 1999, pág. 218), constituye:
“un ejemplo de discriminación indirecta en el ámbito de las relaciones de trabajo aquel requisito que establece una estatura mínima común para ambos sexos para el desempeño de un trabajo puesto que, a pesar de la aparente formulación objetiva del requisito, las mujeres se encontrarán en mayor medida más limitadas que los varones para acceder a dicho empleo”.

- Finalmente, en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 018-96-I/TC se estableció que en la discriminación directa existe una intención de discriminar mientras que, en la discriminación indirecta, no existe la mencionada intención. Argumento con el cual discrepo, dado que cuando se configura una conducta discriminatoria, sea directa o indirecta, siempre hay una intención detrás, la cual puede ser consciente o no.

- Estructural:
 - Es aquella que puede ser directa o indirecta (generalmente es indirecta) no es un hecho aislado, sino que es prácticamente toda la sociedad tiene enraizada en su estructura la discriminación de ese grupo.

- El concepto de discriminación estructural busca superar la concepción tradicional de discriminación.
- Según Salomé Resurrección (Salomé Resurrección, 2019, pág. 19):

“Este concepto permite visibilizar la magnitud de la discriminación que pesa sobre determinados grupos sociales; discriminación que muchas veces ha sido tolerada e incluso convalidada a través de normas, políticas y prácticas estatales. En esta medida, su incorporación en el campo del derecho tiene la potencialidad de contribuir al fortalecimiento de la respuesta jurídica frente a la discriminación, permitiendo reconocer y enfrentar el problema de la discriminación de una manera más contextualizada.”

- Interseccional:
 - Sobre el particular, el concepto de discriminación interseccional fue desarrollado por la jurista Kimberlé Crenshaw (Crenshaw, 2002, pág. 18) basándose en los elementos género femenino y etnia afrodescendiente. No obstante, en la actualidad se aplica a cualquiera de dos o más identidades sociales discriminadas que se relacionan intrínsecamente en un individuo o grupo de individuos.

En el presente caso, considero que nos encontramos en un tipo de discriminación directa, en tanto la Srta. Arbulú fue discriminada por su pertenencia a un grupo humano determinado.

¿Como se configura la discriminación en el consumo?

En palabras de César Landa (Landa Arroyo, 2002, págs. 110-138), podemos entender

“la dignidad, no sólo es un valor y principio constitucional, sino también es una dinamo de los derechos fundamentales; por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como también de fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, la dignidad de la persona humana 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 del hombre (...)”

Derechos y principios constitucionales como la dignidad, la no discriminación, la igualdad, entre otros, deben respetarse por y entre los propios individuos, así como es deber de los Estados tutelar y proteger su desarrollo. Dicho ello, al margen de la intervención estatal mencionada previamente, existe un rol fundamental, de proteger dichos derechos por parte del Indecopi²³.

El Indecopi vela por la protección de los derechos de los consumidores, y sanciona la comisión de dichos actos que puedan menoscabar el desarrollo y respeto de los mismos. Por ejemplo, sancionando a proveedores que realicen conductas que impliquen medidas discriminatorias (directas o indirectas) y atentatorias contra el principio de igualdad; sin embargo, tal como veremos, el análisis de las resoluciones del Indecopi abarca no solo una perspectiva comercial al realizarse, sino además, una perspectiva constitucional así como de tratados internacionales a fin de enmarcar la importante relevancia de estos derechos, intrínsecos al consumidor por su calidad de ser humano, los cuales deben ser protegidos.

El Código prohíbe a las empresas o proveedores a discriminar, precisando que en caso se otorgue a los consumidores un trato diferenciado, este debe ser por causas objetivas y justificadas. En tal sentido, el Código califica la discriminación como una sanción administrativa, y por lo tanto, el Indecopi, puede por iniciativa propia (de parte) o por denuncia del consumidor afectado, iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra el proveedor, luego del cual está facultado para ordenar el cumplimiento de ciertas medidas correctivas. (Artículo 107, 110, 114). (Delgado Capcha, 2020, pág. 8).

Queda establecido que una relación de consumo, debe respetar el derecho a las personas en su calidad de consumidores, de recibir un trato igualitario y a no ser discriminados. Se establece el deber de los agentes económicos a concurrir lícitamente en el mercado sin

²³ Conforme al Decreto Ley N°25868 y la página web de Indecopi: <https://www.indecopi.gob.pe/en/quienes-somos>

vulnerar los derechos constitucionalmente protegidos: igualdad y no discriminación. La discriminación en materia de consumo, se configura cuando exista distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito de la relación de consumo (entre proveedor y consumidor), que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos del consumidor. La discriminación puede estar basada en cualquiera de los motivos prohibidos (grupos sociales considerados inferiores y que están en una situación de vulnerabilidad). Los proveedores tienen plena libertad para contratar, siempre que dicha decisión de contratar, o no, no implique un abuso de derechos de los consumidores.

Cabe mencionar que existen actos de discriminación en el consumo más graves, dado que el trato desigual que se configura implica un mayor grado de afectación a la dignidad de una persona, por ejemplo, en casos donde la discriminación se origina por motivos de orientación sexual, como es el caso de la Srta. Arbulú, donde podemos hablar de discriminación en el consumo agravada. (Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI).

Por otro lado, cabe mencionar que existe un cambio de criterio, establecido por la Sala de Protección al Consumidor mediante la Resolución N.º 2025-2019/SPC-INDECOPI, establece que cualquier conducta que afecte el derecho a la igualdad, a través de un trato discriminatorio, no es el correcto, toda vez que limita la existencia de un trato desigual no justificado como la configuración de un acto discriminatorio, imputando dicha acción bajo este único tipo infractor.

¿Cómo se configura la discriminación en el consumo contra la Srta. Arbulú?

Según el Tribunal Constitucional, se produce un supuesto de discriminación cuando se realiza un trato diferenciado no justificado, objetiva ni razonablemente. Por lo tanto, no todo trato diferenciado constituirá discriminación, pues si cumple con los requisitos de objetividad y razonabilidad será considerado lícito; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. (Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N° 0048-2004-PI/TC del 1 de abril de 2005).

La Constitución Política del Perú prevé que toda persona tiene derecho a la igualdad y no debe ser discriminado por ningún motivo. (Artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú).

Por su parte, el artículo 38° del Código de Protección al Consumidor señala 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, tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

Sobre este tema, el Indecopi anteriormente establecía una diferencia entre discriminación y trato diferenciado ilícito. Sin embargo, recientemente, mediante Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2019, la Sala ha cambiado de criterio, estableciendo que no se establece una diferencia entre un trato diferenciado ilícito y un acto de discriminación, siendo que todo trato diferenciado ilícito constituye de por sí un acto de discriminación.

Al respecto la carga de la prueba en lo referido a los actos de discriminación implica que en un primer momento, el consumidor acredite la existencia de un trato diferenciado, luego de lo cual, le corresponderá al proveedor probar que dicho trato diferenciado se sustentó en alguna causa objetiva y justificada, siendo que en caso de no hacerlo estaremos frente a un acto de discriminación (según el nuevo criterio adoptado por Indecopi).

No obstante, al momento de resolver el caso, se encontraba vigente el criterio que diferenciaba entre trato diferenciado ilícito y discriminación. En dicho momento, la carga probatoria era ligeramente distinta ya que en el supuesto que el proveedor no acreditase alguna circunstancia objetiva y justificada para el trato diferenciado, nos encontrábamos en principio, ante un trato diferenciado ilícito. Únicamente en el supuesto que el consumidor o la Autoridad de Consumo, acreditaran que el trato diferenciado ilícito se sustentó en la pertenencia del consumidor a un grupo humano determinado, nos encontrábamos ante un acto de discriminación.

En el presente caso, me encuentro de acuerdo con la Resolución de primera instancia que declaró fundada la denuncia contra Gótica por infracción de los artículos 1° numeral 1.1 literal d) y 38 de la Ley 29571 en tanto quedó acreditado que incurrió en un acto discriminatorio al condicionar el ingreso de la denunciante a la discoteca “Gótica” al pago de una suma mayor a la requerida para la generalidad de consumidores, debido a su condición de transgénero.

Sin embargo, existió una errónea imputación de cargos por parte de la Secretaría Técnica tanto en el expediente N° 847-2012/CPC como en el expediente N° 1073-2012/CPC.

Considero que, antes de imputar los cargos, la Secretaría Técnica debió realizar, de manera más exhaustiva, diversas acciones de investigación con la finalidad de obtener suficientes elementos de juicio que ameriten el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y para tener un mejor conocimiento de los hechos.

De los hechos difundidos por el programa La Noche es Mía y de los términos de la denuncia presentada, se desprende que las conductas del personal de Gótica fueron las siguientes:

- Impedir el acceso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, a pesar a que se encontraba en la lista de invitados enviada por el señor Luna.
- Obstaculizar el acceso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, por la vía de acceso al público en general, al brindarle información ambigua sobre el precio de la entrada e incrementándolo sin explicación alguna.

En tal sentido, la Secretaría Técnica debió imputar los cargos de manera separada por constituir presuntas infracciones de los artículos 1° numeral 1.1. literal d) y 38 de la Ley 29571. Sin embargo, al iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Gothic Entertainment S.A., imputa como cargos la presunta infracción de los artículos 1° numeral 1.1 literal c), 38.1 y 38.3 de la Ley 29571. Entiendo que fue un error de la propia Secretaría realizar una imputación al literal c) del artículo 1° numeral 1.1, dado que este literal se refiere a las cláusulas abusivas, siendo el correcto artículo a imputar el literal d) del artículo 1° numeral 1.1, el que se refiere a la discriminación y a un trato justo y equitativo de los

consumidores. Sin embargo, mediante Resolución 715-2013/CC1, la Comisión de Protección al Consumidor, en su Resolución de primera instancia, si realiza una correcta imputación de cargos haciendo referencia al correcto literal.

Luego de haber resuelto esa cuestión previa, procedo a pronunciarme sobre el fondo del asunto.

Sobre el impedimento del acceso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, pese a que se encontraba en la lista de invitados enviada por el señor Luna.

El artículo 1 numeral 1.1 literal d) de la Ley 29571 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 índole. Por otro lado, el artículo 38 de dicho cuerpo normativo establece que los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen y 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.

En el presente caso, debía analizarse si la denunciante estaba incluida o no dentro de la lista de invitados enviada por el señor Luna. Al respecto, no obra en el expediente una lista de invitados física, sino que está lista era enviada mediante la red social Facebook. Es preciso mencionar que la denunciante no presentó medio probatorio alguno que acredite haber estado en la lista de invitados del señor Luna.

Sin embargo, obra en el expediente la declaración testimonial del señor Luna brindada a la Secretaría Técnica en donde este manifiesta que no invitó a la denunciante a la fiesta a realizarse en el local de la denunciada y que solo le enviaron los nombres de la denunciante y sus dos acompañantes, de manera tardía, por lo que no tuvo tiempo de agregarlos a la lista de invitados.

Si bien es cierto, en los procedimientos ordinarios de protección al consumidor solo se pueden presentar medios probatorios, tales como documentos, pericias e inspecciones; sí

se pueden actuar medios probatorios de naturaleza distinta, tales como testimonios, en caso la autoridad administrativa lo crea necesario.

En ese sentido, teniendo en cuenta que la denunciante no se encontraba en la lista de invitados del señor Luna, se justifica la negativa de la denunciada a permitir el acceso a su discoteca a la Srta. Arbulú por dicha vía. Por lo tanto, la denuncia debía ser declarada infundada en el presente extremo dado que, al dar un trato diferenciado, justificado en que no se encontraban dentro de la lista de invitados del Sr. Luna, ni eran socios de la discoteca no correspondía que ingresen, sin pagar, por la fila de socios e invitados. Por ello, al estar justificado objetiva y razonablemente el trato, en este primer momento, no podemos hablar de la configuración de un acto discriminatorio por parte de los miembros de seguridad hacia la Srta. Arbulú y sus acompañantes, quienes no eran ni socios ni invitados.

Sobre la obstaculización del acceso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, por la vía de acceso al público en general.

En un segundo momento, dada la negativa de los miembros de seguridad de permitir el ingreso de la Srta. Arbulú y sus acompañantes por la fila de socios e invitados, estos, con la intención de entrar de todas formas a la discoteca, consultaron a los miembros de seguridad, el precio de la entrada para pagarlo en caja y ingresar. Al respecto, quedó acreditado que los miembros de seguridad de la discoteca le brindaron a la Srta. Arbulú precios distorsionados y confusos respecto al costo de la entrada, ascendiendo a la suma de S/ 200, y de S/ 100, como precio al público en general, a su establecimiento, cuando al resto de personas se les exigía únicamente el pago de S/ 50, de conformidad a lo establecido en la página web oficial de la denunciante. Además, luego se confirma a través de una llamada telefónica, anónima, que realiza la Secretaría a la Discoteca en donde preguntan por el costo de la entrada recibiendo como respuesta que el precio era de S/ 50.

Por último, verificamos una conducta irregular por parte de los miembros de seguridad, dado que hicieron esperar a la Srta. Arbulú y sus acompañantes, por un tiempo mayor al prudencial, lo que evidencia un trato inusual, dado que lo común sería que si un miembro de seguridad afuera de una discoteca no ubica a una persona en la lista de invitados, le

facilite otras opciones para su propio ingreso, como por ejemplo: acompañarlo o darle las instrucciones para llegar a la caja para que proceda a pagar su entrada como público en general.

En tal sentido, quedó acreditada la existencia de un trato diferenciado. Ante ello, le correspondía a Gótica demostrar que dicho trato diferenciado se debió a una causa objetiva y justificada. Sin embargo, la denunciada no demostró la existencia de causas objetivas y justificadas para retardar y condicionar el ingreso de la parte denunciante a su establecimiento, al pago de una suma mayor a la requerida para la generalidad de los consumidores.

Por lo tanto, quedó acreditado que existió un trato diferenciado ilícito. Ante ello, correspondía que la autoridad administrativa analice si dicho trato diferenciado ilícito estuvo motivado por la pertenencia de la Srta. Arbulú a un grupo humano determinado, históricamente marginado, lo cual configuraría un acto de discriminación por un motivo prohibido.

Al respecto, considero que es evidente que el trato diferenciado ilícito efectuado por Gótica se debió por la condición de Transgénero de la Srta. Arbulú; por lo que, se debió a la pertenencia de la denunciante a la comunidad LGTBIQ+, grupo humano históricamente vulnerando y marginado por la sociedad. En ese sentido, la conducta infractora constituye un acto de discriminación en contra de la Srta. Arbulú.

Ante ello, correspondía que la denuncia interpuesta contra Gótica sea declarada fundada por la comisión de un acto de discriminación en contra de la Srta. Arbulú, infringiendo de esta forma lo establecido en el artículo 1 numeral 1.1 literal d) y 38 de la Ley 29571.

En atención a lo expuesto, la Comisión y la Sala aplicaron correctamente la regla de la carga probatoria aplicable a los actos de discriminación.

El actuar de la denunciada, Gótica, respecto al precio de las entradas ¿Vulnera o no el derecho a la información de la Srta. Arbulú en su calidad de consumidor?

El artículo 65 de la Constitución Política establece que *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.”* (el subrayado es nuestro).

Como se advierte, el derecho a la información es uno de los derechos constitucionales reconocidos a favor del consumidor junto al derecho la salud y a la seguridad. Los derechos de los consumidores se protegen en el marco de una Economía Social de Mercado, establecida en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, el cual es un régimen económico en el cual existe preeminencia de la libre iniciativa privada y el Estado actúa de manera subsidiaria en la economía.

Sobre el particular, la libre iniciativa privada es el derecho que tienen los agentes económicos de dedicarse a la actividad económica que prefieran, restringiéndose la actuación del estado como agente económico únicamente en el supuesto que concurren tres condiciones, según lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política: (i) Que el Estado se encuentre autorizado por ley expresa; (ii) que la actividad sea subsidiaria debido a que en el mercado de referencia no existe oferta privada o existe una insuficiente; y, (iii) que la actividad económica que realizaría el Estado sea de manifiesta conveniencia e interés nacional.

En el supuesto que alguna entidad estatal concorra al mercado sin cumplir con los requisitos anteriormente mencionados cometerá un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Los agentes económicos, como los proveedores, tienen la libertad de concurrir al mercado ofertando bienes y servicios a efectos de satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

Por otro lado, la Constitución Política establece, en su artículo 60, que el *“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”*.

La función de vigilar la libre competencia es importante para los consumidores dado que una competencia efectiva en el mercado genera que existan una gran cantidad de proveedores en el mercado que brinden una variedad de productos y servicios a un precio menor del que se estableciera en un mercado donde no existe competencia.

Según (Quintana, 2013, pág. 14) un mercado funciona en condiciones de competencia cuando las condiciones de venta se determinan como resultado de la oferta y la demanda. Ello se conoce como el modelo de competencia perfecta, el cual presupone la existencia de los siguientes requisitos:

- (i) Productos homogéneos
- (ii) Gran número de compradores y vendedores
- (iii) Información perfecta
- (iv) Ausencia de barreras importantes de acceso al mercado

Según (Quintana, 2013, pág. 14) cuando existe información perfecta todos los participantes en el mercado cuentan con información completa y simétrica sobre las características y calidad de los productos y servicios, con lo cual los consumidores siempre tienen información oportuna y suficiente para tomar decisiones de compra adecuadas y concretar con todas las herramientas necesarias, sus relaciones de consumo.

Sin embargo, el modelo de competencia perfecta no existe en la realidad debido a la presencia de múltiples fallas del mercado, siendo una de ellas el de la asimetría informativa, consistente en la situación de desventaja, en la cual, se encuentra el consumidor en relación al proveedor debido a que este cuenta con mayor experiencia e información sobre los bienes que comercializa o servicios que presta en el mercado.

Al respecto el inciso 7 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 29571, establece que la asimetría informativa es una *“característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores”*. Es en atención a dicha situación de asimetría informativa en la cual se encuentra el consumidor que resulta necesario establecer un deber de información al proveedor consistente en que este debe

poner a disposición de los consumidores toda la información relevante a efectos de que estos puedan adoptar una adecuada decisión de consumo.

Es tan importante el derecho a la información, que este se encontraba regulado incluso desde antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política. Es así que el antiguo Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor establecía en su artículo 5, que los consumidores tienen el “*derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios*”.

Es así que desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 716 en 1991 se contemplaba el derecho a la información de los consumidores, estableciéndose incluso en el Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución N° 102-1997/TDC-INDECOPI (Precedente Finantour) el cual establecía lo siguiente:

“SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41° del Decreto Legislativo N° 807, considerar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:

"1. Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria. Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se considerará que las partes

acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales éstos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable”.

En la actualidad, el derecho de los consumidores al acceso a la información, reconocido en los artículos 1.1 literal b)²⁴ y 2²⁵ del Código, involucra el deber de los proveedores de proporcionar toda la información relevante sobre las características de los productos o servicios que oferten, a efectos de que los consumidores puedan realizar una adecuada elección o decisión de consumo, así como para efectuar un uso o consumo correcto de los bienes y servicios que hayan adquirido. Dicha información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible.

La Comisión de Protección al Consumidor N° 2 señala que:

“La información genera certidumbre y facilita el comportamiento del consumidor permitiéndole conocer sus derechos y obligaciones, y, prever posibles contingencias y planear determinadas conductas.

²⁴ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR Artículo 1.- Derechos de los consumidores**

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

a. Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física.

b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

²⁵ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 2.- Información relevante

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

Cabe agregar que la información es un proceso de naturaleza dinámica y que, por tanto, no es exigible únicamente al momento de la configuración de la relación de consumo. Así, en atención al deber de información que recae sobre los proveedores, el consumidor requerirá conocer toda aquella información relevante y suficiente referida a los bienes y servicios contratados a efectos de corroborar los términos en los que el proveedor le entregó un bien o brindó un servicio a fin de que pueda formular los reclamos que considere pertinentes o hacer valer sus derechos ante las instancias pertinentes, en caso se produjera algún tipo de controversia”.

Asimismo, el Deber de Información de los proveedores es, a su vez, el Derecho a la Información de los consumidores, debiendo entenderse como la obligación a cargo de los proveedores para brindar a los consumidores la información adecuada o necesaria a efectos de que éstos adopten una decisión de consumo adecuada con sus intereses y, asimismo, sea debidamente informado por el proveedor sobre el producto adquirido o el servicio contratado durante la vigencia de la relación contractual entre ellos”. (Rojas Klauer, 2012, pág. 2).

Por otro lado, existen dos formas de infringir el deber de información, las cuales son las siguientes: (i) brindando información falsa; o, (ii) brindando información que induzca a error a los consumidores. La información falsa es aquella que es contraria a la verdad mientras que la información que induce a error puede ser incluso verdadera, pero es difundida de cierta manera que es captada por el consumidor en forma distorsionada por ejemplo: información ambigua o la omisión de información relevante.

La Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal, en sus Lineamientos del 2001, estableció que existen 2 criterios para determinar cuando nos encontramos frente a una información relevante:

- Que, la información omitida no resulte previsible por un consumidor razonable según los usos y costumbres existentes en el mercado; y,
- Que, la omisión de información desnaturalice las condiciones en las que se realiza la oferta en el anuncio.

En el presente caso, la denunciante indicó que solicitó a un miembro de seguridad de la discoteca que le informara el costo de ingreso, informándosele que este ascendía a S/ 100,00 cuando era invitado de algún socio. No obstante, otro miembro de seguridad le indicó que el precio de entrada era de S/ 200,00 pese a que en la página web de la Discoteca se indicaba que el costo habitual de la entrada era de S/ 50,00.

En suma, debemos entender que, por un lado, la discriminación en si misma se perpetró y ello queda acreditado por lo indicado en páginas anteriores, dado que se configura un trato diferenciado ilícito sustentado por un motivo prohibido. Pero, además considero que los actos de los miembros de seguridad al dar información falsa y contradictoria en relación al precio de las entradas, es un acto que, además de contravenir el deber del proveedor de brindar al consumidor información relevante (como lo es el precio), y el derecho del consumidor a obtener información; se trata a su vez de un medio para disuadir al consumidor de pagar la entrada, con la finalidad de impedir su ingreso.

En otras palabras, la distorsión en la información del precio es además un medio, que tiene por finalidad discriminar a la Srta. Arbulú e impedir su ingreso. Los miembros de seguridad intentan disfrazar el acto discriminatorio que realizaron, desincentivando el ingreso dando información falsa y confusa. Por ello, considero que la conducta de los miembros de seguridad de Gótica vulneró el derecho a la información de la Srta. Arbulú al no contar con información exacta, clara y precisa con relación al precio de la entrada a la discoteca del proveedor denunciado.

Es decir, si se infringió el deber de información y la Comisión y Sala debieron tratar el tema a mayor detalle por ser una infracción a los derechos del consumidor y deber del proveedor según se detalla líneas arriba. Sin embargo, considero que al ser la infracción del deber de información un medio para desincentivar el ingreso y configurar el acto discriminatorio, la imputación de cargos realizada por la Comisión y la Sala fue correcta en el sentido se imputó y sancionó por la conducta infractora más específica, es decir la discriminación.

Al respecto, la Sala ha señalado en su Resolución N° 2908-2018/SPC-INDECOPI que para una adecuada imputación deben tomarse en cuenta dos (2) factores: (i) la congruencia con lo denunciado, atendiendo al contenido del escrito de denuncia; y, (ii) el

deber de encauzamiento de la autoridad administrativa, en tanto que, si advirtiera una presunta infracción a un tipo infractor más específico, podrá encauzar el procedimiento según la imputación de cargos que considere correspondiente.

Debido a que la conducta de la conducta se materializó a través de los miembros del personal de seguridad, ¿Es o no responsable Gótica de los actos perpetrados por los miembros de su equipo de seguridad?

En el presente caso, la conducta infractora referida al acto de discriminación a la Srta. Arbulú se materializó a través de la actuación de los miembros del personal de seguridad. Ante ello corresponde analizar si existía responsabilidad administrativa de Gótica o de los miembros de seguridad.

Al respecto, es preciso indicar que los procedimientos sancionadores, como el de Protección al Consumidor, se rigen por los principios de la potestad sancionadora, siendo uno de ellos el principio de causalidad, consistente en que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable, de conformidad a lo establecido en el inciso 8 del artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444.

Sobre el particular, Morón Urbina (Morón Urbina, 2011, pág. 951) señala que:

“por el principio de causalidad, la sanción debe recaer en el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. La norma exige el principio de personalidad de las sanciones, entendido como, que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por ley, y, por tanto, no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros (...) o por las denominadas responsabilidades en cascada aplicables a todos quienes participan en un proceso decisional”.

Por otro lado, en los procedimientos de Protección al Consumidor se ha establecido que la responsabilidad administrativa recae en los proveedores que concurren en el mercado a realizar una determinada actividad económica, así como en los administradores,

representantes o gerentes en el supuesto en que hayan actuado con dolo o culpa inexcusable en el planeamiento, realización y ejecución de la conducta infractora.

En la Ley N° 29571 se define a los proveedores como “*las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores*”. Se incluyen dentro de esta definición a los comerciantes, fabricantes, importadores y prestadores de servicio.

Asimismo, en el artículo 111 del referido Código de Protección al Consumidor, se establece que “*excepcionalmente, y atendiendo a la gravedad y naturaleza de la infracción, las personas que ejerzan la dirección, administración o representación del proveedor son responsables solidarios en cuanto participen con dolo o culpa inexcusable en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa*”.

Sobre el particular, la Sala competente ha señalado que en su Resolución N° 805-2020/SPC-INDECOPI que:

“Así, más allá de las facultades que la persona jurídica haya otorgado a sus representantes mediante poderes de representación, la aplicación del artículo 111° del Código se restringe a aquellos casos en los que el representante haya participado con dolo o culpa inexcusable en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción acreditada.

En ese sentido, la condición de representante, por sí sola, no genera una responsabilidad en virtud del artículo 111° del Código, sino su participación en la generación de la conducta infractora, con dolo o culpa inexcusable, que implica la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión del representante, y la infracción atribuida a su representada, lo cual debe desprenderse de los actuados en el expediente.”

Como se puede apreciar, existen dos formas de que una persona natural sea sancionada en los procedimientos de Protección al Consumidor; 1) Cuando una persona natural, de

manera independiente, actúa como proveedor en el mercado comercializando bienes o prestando servicios de manera habitual; y, 2) cuando tiene la función de gerente, administrador o director de una empresa y haya participado con dolo o culpa inexcusable en la perpetración de una conducta infractora.

En el presente caso, los miembros de seguridad de Gótica no actúan en el mercado como proveedores prestando directamente el servicio a la Srta. Arbulú, así como tampoco tienen el cargo de gerentes, administradores o representantes de la empresa denunciada, por lo que, no tendrían responsabilidad administrativa en relación al acto de discriminación.

Asimismo, cabe indicar que en el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia desleal que establece lo siguiente: *“Las personas naturales que actúan en nombre de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, por encargo de éstas, les generan con sus actos responsabilidad sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil”*.

Como se observa en los procedimientos de competencia desleal se ha establecido que cuando las personas naturales actúan en nombre de personas jurídicas les generar responsabilidad con sus actos. Si bien no se establece expresamente algo parecido en la normativa de Protección, sí podría usarse como un parámetro a tomar en consideración por la Autoridad Administrativa.

Por otro lado, el artículo 104 de la Ley N° 29571 ha establecido que *“el proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado”*.

En el presente caso, Gótica no puede pretender exonerarse de responsabilidad administrativa aduciendo que se configuró una ruptura del nexo causal dado que la conducta imputada (acto de discriminación) se generó por un hecho determinante de tercero (como lo serían sus miembros de seguridad). Ello en tanto, la figura de la ruptura del nexo causal referida al hecho determinante de tercero se circunscribe a una situación

en la que el tercero se encuentre fuera de la esfera del control del proveedor, lo que no sucede en este caso en tanto que los miembros de seguridad eran trabajadores de Gótica.

Asimismo, cabe traer a colación una Resolución Final N° 2293-2018/SPC-INDECOPI de la Sala Especializada en Protección al Consumidor en la que señala lo siguiente:

“Una situación distinta se da en los servicios que son prestados bajo relación de dependencia o subordinación, ya que en ellos el prestador inmediato del servicio actúa como parte de una organización y bajo los parámetros de esta última. En ese escenario, únicamente la organización será responsable por los actos de las personas que se encuentran a su cargo, aunque solo respecto de aquellos actos ordinarios del negocio.”

En atención a lo expuesto, la responsabilidad administrativa por el acto de discriminación recaía exclusivamente en Gótica y no en sus trabajadores. No obstante, ello no implica que los trabajadores puedan haber incurrido en otro tipo de responsabilidad como una de naturaleza civil o penal, en tanto la discriminación constituye también un delito sancionable.

Por otro lado, en relación a si Gótica hubiese tenido responsabilidad administrativa en el supuesto que hubiese tercerizado el servicio de vigilancia y seguridad de su local, cabe invocar lo señalado por la Sala en su resolución N° 3487-2017/SPC-INDECOPI.

“Cuando los proveedores han alegado como defensa la responsabilidad de una empresa subcontratada, la Sala se ha mostrado firme al desestimar como eximente de responsabilidad a subcontratación de terceros; ello, toda vez que la forma como se organiza un proveedor para prestar sus servicios no puede ser opuesta a los consumidores ni erigirse por encima de la ley. En los supuestos donde exista una empresa subcontratada que ejecute las prestaciones que inicialmente debieron ser desarrolladas por el proveedor originario, este último no se verá exonerado de responsabilidad por las infracciones que pudiera cometer la empresa de la cual se valió para brindar sus servicios.”

En ese sentido, de conformidad a lo señalado por la Sala, cuando una empresa subcontrata a otra para prestar los servicios que le corresponden, responderá administrativamente de igual manera.

¿Es correcta la reforma respecto a la Sanción: multa impuesta de 100 UIT - Resolución 715?2013/CC1, la cual luego se modifica a 50 UIT – Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI?

Como he mencionado, al ser el presente procedimiento administrativo uno de carácter sancionador, se le aplican los principios de la potestad sancionadora, siendo uno de ellos el principio de razonabilidad.

Al respecto el inciso 3 del artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444 establece que *“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”*.

Como se observa el TUO de la Ley N° 27444 exige un punto medio entre el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad. Por un lado, que la sanción sea razonable implica que sea lo suficientemente apta para desincentivar a los administrados en la comisión de futuras conductas infractoras. Por otro lado, que la sanción sea proporcional implica que no sea excesivamente onerosa que pueda generar que algunos proveedores salgan prontamente del mercado.

Es así que para que se imponga una sanción que cumpla tanto con el principio de razonabilidad como el de proporcionalidad, la Autoridad Administrativa al graduarla debe aplicar los siguientes criterios, tales como:

- 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.

Según Tirado Barrera (Tirado Barrera, 2011, pág. 11) “*constituye un dato muy relevante encontrar en el Derecho administrativo a algunos de los referentes iniciales de lo que modernamente vendría a configurar el contenido del principio de proporcionalidad , y en la potestad sancionadora de la administración a uno de aquellos espacios más importantes para su aplicación práctica en la defensa y protección de los derechos fundamentales*”.

En el presente caso, la Comisión sancionó a Gótica con una multa de 100 UIT; sin embargo, la Sala al emitir su decisión de segunda instancia revocó lo resuelto en primera instancia y únicamente sancionó a Gótica con una multa ascendente a 50 UIT.

Al respecto, me encuentro de acuerdo con la sanción impuesta por la Comisión ascendente a 100 UIT dado que considero que dicha multa cumplía con el principio de razonabilidad. Es decir, dicha multa cumplirá con el efecto disuasivo que se espera de todas las sanciones impuestas. Las multas deben desincentivar a los infractores a que sigan cometiendo infracciones.

Discrepo con lo señalado por la Sala para reducir la sanción a 50 UIT, toda vez que sustentó su decisión en el hecho que “*se verificó la discriminación en un caso individual, siendo que no se han constatado prácticas discriminatorias que afecten intereses difusos o colectivos*”. Al respecto, es preciso mencionar que los actos de discriminación son actos que afectan intereses difusos o colectivos, justamente motivada por la pertenencia del consumidor a un grupo humano vulnerable determinado. En tal sentido, no puede señalarse que el presente caso constituyó una conducta aislada, dado q que los actos de discriminación afectan colectivos y particulares, justamente por la pertenencia del consumidor a un grupo vulnerable históricamente discriminado, siendo este la comunidad LGTBIQ+.

Es decir, no solo pudo haber sido la Srta. Arbulú la discriminada, sino que también pudieron ser otras personas Transgénero, una identidad de género distinta, o cualquier persona perteneciente al grupo LGTBIQ+. En tal sentido, no puede señalarse que el presente caso constituyó una conducta aislada, dado que ninguna discriminación es un caso individual, porque la persona discriminada es la representación del colectivo histórica y estructuralmente marginado.

La discriminación no es contra una persona sino contra una población, por lo que, el interés afectado sería colectivo y no individual. En el 2019, Ipsos, a pedido del Ministerio de Justicia, realizó una encuesta respecto a la cantidad de personas adultas en el Perú que se identifican como no heterosexuales, arrojando como resultado que, un 8%, equivalente a 1,7 millones de peruanos, se identifican distinto y pertenecen a la comunidad LGTBIQ+.²⁶ En suma, siendo el colectivo LGTBIQ+ la representación de la identidad de 1.7 millones de peruanos, no podemos ignorar una grave afectación al interés colectivo de este grupo de personas.

Otro de los argumentos que utilizó la Sala para reducir la sanción a 50 UIT fue que, en atención al principio de predictibilidad, debía aplicarse las multas impuestas en casos anteriores similares. Sin embargo, una autoridad administrativa puede apartarse de un criterio interpretativo si es que la interpretación anterior es errónea o contraria al interés general. En el presente caso, considero que la autoridad administrativa debió apartarse de los criterios anteriores y confirmar la multa de 100 UIT impuesta por la Comisión toda vez que las multas anteriores irían en contra del interés general pues no serían disuasivas.

²⁶ II Encuesta Nacional de Derechos Humanos: población LGBT. Elaborado por IPSOS PERÚ a solicitud del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en apoyo con IPSOS PERÚ. Trabajo de campo realizado del 7 al 25 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.ipsos.com/es-pe/medicion-de-la-poblacion-no-heterosexual-en-el-peru>

Conclusiones

- El presente caso, versa sobre un caso de discriminación por motivo de identidad de género, el cual tiene diversas aristas que han sido desarrolladas a lo largo del presente informe.
- Me encuentro de acuerdo con la Resolución 1197-2014/SPC/INDECOPI en el extremo que declaró fundada la denuncia en contra de Gótica, en tanto se acreditó la conducta discriminatoria en perjuicio de la señorita Arbulú por motivo de su pertenencia a un grupo humano determinado, históricamente vulnerado: la comunidad LGTBIQ+, por ser Transgénero. La conducta infractora detectada infringió el derecho a la igualdad y a la dignidad de la denunciante.
- Se infringió el derecho a la información de la señorita Arbulú, el cual fue un medio utilizado, por parte de los miembros de seguridad, para cometer el acto de discriminación. Es por ello, que, en el presente caso, únicamente se imputó la presunta realización de una conducta discriminatoria.
- No me encuentro de acuerdo con la reducción de la multa realizada por la Sala, en la Resolución de segunda instancia, toda vez que sustentó su decisión en el hecho que *“se verificó la discriminación en un caso individual, siendo que no se han constatado prácticas discriminatorias que afecten intereses difusos o colectivos”*. Al respecto, es preciso mencionar que los actos de discriminación son actos que afectan intereses colectivos, justamente motivada por la pertenencia del consumidor a un grupo humano vulnerable determinado. En tal sentido, no puede señalarse que el presente caso constituyó una conducta aislada, dado q que los actos de discriminación afectan colectivos y particulares, justamente por la pertenencia del consumidor a un grupo vulnerable históricamente discriminado, siendo este la comunidad LGTBIQ+.
- No me encuentro de acuerdo con las medidas correctivas ordenadas ya que considero que no son suficientes para revertir los efectos que la conducta infractora hubiese causado en el mercado y evitar que la misma se vuelva a cometer.

Recomendaciones

- Al respecto considero que una medida correctiva idónea habría sido que se ordene a Gótica la implementación de un programa de cumplimiento al interior de su entidad destinado a capacitar a su personal y a todos los altos ejecutivos de la empresa a fin de evitar la comisión de prácticas discriminatorias.
- Asimismo, la medida correctiva ordenada por la Sala consistente en la ubicación de un letrero en el exterior del establecimiento de Gótica no cumpliría la finalidad de revertir los efectos que la conducta infractora hubiera causado en el mercado, dado que lo que se busca es que el personal de Gótica no vuelva a incurrir en una conducta discriminatoria, por lo que es la conducta de estos la que debe cambiar, no la de los consumidores que acuden al establecimiento.
- Por otro lado, los términos que debían colocarse en el letrero están compuestas por una gran cantidad de palabras las cuales no serían leídas por los consumidores. A mi criterio, considero que únicamente debía colocarse un cartel con letras de un color llamativo y con la frase: “*No a la discriminación*”, lo cual hubiera causado un mayor impacto en los consumidores haciendo fila para ingresar a la discoteca.
- En lo referido a la medida correctiva referida a la exigencia de colocar los términos del letrero en la página web, por un plazo de 6 meses, considero que esta no cumpliría con su finalidad de revertir los efectos de la conducta infractora, en tanto los consumidores no acuden a las páginas web de los establecimientos a visualizar dicha información.
- Asimismo, considero que una medida correctiva más idónea hubiera sido que se ordene a Gótica que pida disculpas públicas a la señorita Arbulú.
- Sobre la multa impuesta, como he señalado, esta debió mantenerse en 100 UIT debido a que debe considerarse que la discriminación se sustentó en la pertenencia de la señorita Arbulú a un grupo humano determinado.

- Finalmente, considero que a Sala debió tener más cuidado al referirse a la señorita Arbulú en su resolución final, dado que la trata como el “*el Señor Godfrey Arbulú Grippa*”, lo cual resulta contraproducente con la identidad de género de la denunciante.

Referencias bibliográficas

- (O.E.A.), O. d. (22 de Noviembre de 1969). *Refworld*. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (3 de octubre de 2020). *Organización de los Estados Americanos*. Obtenido de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Argentina11.784.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de Setiembre de 2003). *Refworld*. Obtenido de <https://www.refworld.org/docid/4f59d2a52.html>
- Crenshaw, K. (2002). Documento para o encontro de especialistas em aspectos de discriminacao racial relativos ao genero. *Revista de Estudos Feministas*, 18.
- Defensoría del Pueblo. (2007). La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes. Lima.
- Defensoría del Pueblo. (2018). "A dos años del Informe Defensorial N° 175. Estado Actual de los Derechos de las personas LGTBI". Lima.
- Delgado Capcha, R. (2020). *Una mirada global a la discriminación en el consumo. Jurisprudencia del Indecopi*. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- Fernández Sessarego, C. (1994). *El Derecho como libertad*. Universidad de Lima.
- Fernández Sessarego, C. (2013). *Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica. .
- Ipsos. (2020). *II Encuesta Nacional de Derechos Humanos: Población LGTB*. Obtenido de IPSOS: <https://www.ipsos.com/es-pe/medicion-de-la-poblacion-no-heterosexual-en-el-peru>
- Landa Arroyo, C. (2002). Invalidez del Retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Público*.
- Mas Grau, J. (2017). *Del Transexualismo a la Disforia de Género en el DSM. Cambios*. Obtenido de Revista Internacional de Sociología: <http://dx.doi.org/10.3989/ris.2017.75.2.15.63>
- Morón Urbina, J. C. (2011). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* . Lima: Gaceta Jurídica.

- Neves Mujica, J. (1999). Igualdad y Discriminación. Concepto y casos. *Sobre genero, derecho y discriminación*, 218.
- Perú 21. (2019). *Perú 21*. Obtenido de <https://peru21.pe/peru/80-empresas-peruanas-cuenta-politicas-laborales-favor-diversidad-encuesta-486768-noticia/?ref=p21r>
- Quintana, J. (2013). *Libre Competencia*. Indecopi.
- Revorio, F. D. (2017). Las dimensiones constitucionales de la igualdad.
- Rojas Klauer, C. (2012). El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: Un replanteamiento desde el derecho y economía conductual y el neuromarketing. *Themis*.
- Sala Especializada en Protección al Consumidor . (2019). *Indecopi*. Obtenido de Indecopi:
https://www.indecopi.gob.pe/documents/127561/4096468/Lineamientos_Proteccion_Consumidor_2019.pdf/9cd24063-5a91-dfbd-d97e-f38f61b86a40
- Salomé Resurrección, L. (2019). A propósito del concepto: "Discriminación Estructural". Una mirada crítica de la visión liberal tradicional de la discriminación.
- Shelton, D. (2011). Las dimensiones constitucionales de la igualdad. *Revista Pucp*.
- Tirado Barrera, J. A. (2011). Principio de Proporcionalidad y sanciones administrativas en la Jurisprudencia constitucional. *Derecho Pucp*.
- Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de las Personas*. Lima: Gaceta Jurídico S.A.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – SEDE LIMA SUR N° 1

PROCEDIMIENTO : DE OFICIO
DE PARTE

DENUNCIANTES : SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
GODFREY ARBULÚ GRIPPA

DENUNCIADA : GOTHIC ENTERTAINMENT S.A. – DISCOTECA GÓTICA

MATERIA : DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO

ACTIVIDAD : RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS

SUMILLA: *Se confirma la resolución venida en grado que halló responsable a Gothic Entertainment S.A. por infracción de los artículos 1°.1, literal d), 38°.1 y 38°.3 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que condicionó el ingreso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, al pago de una suma mayor a la requerida para la generalidad de los consumidores, debido a su condición de transgénero, incurriendo así en el tipo infractor de discriminación en el consumo.*

SANCIÓN: 50 UIT

Lima, 10 de abril de 2014

ANTECEDENTES

1. El 2 de mayo de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur (en adelante, la Secretaría Técnica), inició de oficio un procedimiento contra Gothic Entertainment S.A.¹ – Discoteca Gótica (en adelante, Gótica), por la presunta infracción de los artículos 1°.1, literal c), 38°.1 y 38°.3 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor² (en adelante, el Código), toda vez que habría incurrido en prácticas discriminatorias al aplicar una política de selección de clientela en el acceso a la mencionada discoteca, impidiendo el ingreso del señor Godfrey Arbulú Grippa, pese a que se había encontrado en la lista de invitados. Cabe indicar que fueron los hechos difundidos por el programa La Noche es Mía, emitida por Frecuencia Latina, considerados como indicios

¹ RUC 20504423574. Domicilio Fiscal: Avenida San Martín 422, Distrito de Barranco, Provincia y Departamento de Lima.

² Publicado el 2 de setiembre de 2010 en el diario oficial *El Peruano*. Entró en vigencia a los 30 días calendario.

M-SPC-13/1B



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

que sustentaron el inicio del mencionado procedimiento, al cual se le asignó el número de expediente 847-2012/CPC.

2. El 30 de mayo de 2012, el señor Godfrey Arbulú Grippa (en adelante, la parte denunciante) interpuso una denuncia contra Gótica señalando lo siguiente:
- (i) El 27 de abril de 2012, acudió a la Discoteca Gótica pues había sido informado que se desarrollaría el evento denominado "Lima Fashion Week", al cual asistió en calidad de invitado por encontrarse en la lista enviada a la discoteca por el señor Diego Luna Vilches (en adelante, el señor Luna), ocasión en la que se encontraba acompañado de sus dos (2) amigos, el señor Jorge Andrés Tokeshi Kamida (en adelante, el señor Tokeshi) y la señora Carla Daniela Martínez Vargas (en adelante, la señora Martínez);
 - (ii) cuando llegó a la puerta por donde ingresaban los invitados, un miembro de seguridad le solicitó su Documento Nacional de Identidad (en adelante, DNI), mirándolo y diciéndole que no podía ingresar, pues ya habían entrado el máximo de invitados por lista (8 personas), por lo cual la parte denunciante y sus acompañantes no pudieron acceder a la discoteca por esa vía;
 - (iii) tomó conocimiento de que un miembro de seguridad de Gótica le increpó al señor Luna, el hecho de haber incluido a un travesti;
 - (iv) solicitó a otro miembro de seguridad que le informara el costo de ingreso a la discoteca, indicándole este que ascendía a S/. 100,00 cuando era invitado de algún socio;
 - (v) un tercer miembro de seguridad le indicó que el precio de entrada ascendía a S/. 200,00, duplicando sin razón alguna el precio informado inicialmente y pese a que según información contenida en la página web de la Discoteca Gótica el costo habitual ascendía a S/. 50,00;
 - (vi) le indicaron que debía esperar a que culminara el evento que se venía realizando en la discoteca, para determinar si podía pagar la entrada e ingresar; no obstante, al percatarse el personal de seguridad de que se encontraba grabando aquel momento, permitieron su acceso a caja para cancelar el monto de la entrada; y,
 - (vii) solicitó a la señora Martínez que preguntara en caja el precio de entrada a la discoteca, recibiendo como respuesta que el costo era de S/. 200,00, pese a que, en un inicio, le informaron que debía pagar S/. 100,00.
3. A efectos de sustentar su denuncia, durante la tramitación del procedimiento la parte denunciante presentó los siguientes medios probatorios: (i) CD que



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

contenía el video de fecha 27 de abril de 2012, correspondiente a la conversación sostenida con los miembros de seguridad en la puerta de la Discoteca Gótica; (ii) CD que contenía el video que daba cuenta del testimonio de la señora Johanna Alejandra Fabián Huertas (en adelante, la señora Fabián) grabado para el programa Esta Noche es Mía, a quien la parte denunciante identificó como testigo de las expresiones vertidas por el personal de seguridad; (iii) CD que contenía el audio de la conversación que sostuvo –días posteriores al de ocurrido el hecho denunciado– con la señora Fabiola Huerta (en adelante, la señora Huerta), a quien la parte denunciante identificó como coordinadora de la Discoteca Gótica; y, (iv) CD que contenía el audio de una llamada realizada el 26 de julio de 2012 a la Discoteca Gótica, solicitando información sobre el precio de las entradas.

4. Cabe indicar que a dicha denuncia se le asignó el número de expediente 1073-2012/CPC.
5. Mediante Resolución 1 del 18 de junio de 2012, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia de parte interpuesta contra Gótica, imputando como presunta infracción de los artículos 1°.1, literal d), 38°.1 y 38°.3 del Código, el que se habría impedido a la parte denunciante el acceso a la Discoteca Gótica, sin que hayan mediado razones de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y razonables que justificaran dicho accionar, pese a que la parte denunciante tenía una invitación de parte de uno de los promotores de la referida discoteca.
6. En sus descargos, Gótica indicó lo siguiente:
 - (i) El ingreso de los consumidores a sus instalaciones, se encontraba organizado en tres (3) filas: (a) la primera, por donde ingresaban las personas que se encontraban en listas enviadas a su empresa mediante la red social Facebook o algún otro medio de publicidad autorizado, ingresando dichos invitados, de forma gratuita, hasta una hora determinada; (b) la segunda, por la cual ingresaban los socios que se identificaban con su carné, quienes podían ingresar con un máximo de tres (3) personas invitadas y ocho (8) pagantes a precio preferente; y, (c) la tercera, por donde ingresaba el público en general pagando la suma de S/. 200,00 en caja;
 - (ii) la parte denunciante reclamaba insistentemente ingresar por el acceso de socios, pese a que no era socio, ni tampoco se encontraba acompañado de uno, por lo que el accionar de su personal de seguridad de no permitirle el ingreso por esa vía, fue el correcto y de modo alguno discriminatorio;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

- (iii) no era cierto que el señor Luna puso en su lista de invitados a la parte denunciante;
 - (iv) se permitió el acceso de la parte denunciante por la puerta destinada al público general, no obstante, luego de ingresar a sus instalaciones, se ubicó en caja y decidió no pagar su entrada, retirándose sin explicación;
 - y,
 - (v) así, se aprecia que una vez que la parte denunciante decidió pagar su entrada como cualquier consumidor, se le permitió el ingreso de manera inmediata, sin que existiera de por medio una interrupción, lo cual demostraba la inexistencia de una práctica discriminatoria.
7. Conjuntamente con sus descargos, Gótica presentó los siguientes medios probatorios: (i) CD que contenía un video de fecha 27 de abril de 2012 correspondiente al interior de la Discoteca Gótica, específicamente el pasillo que conducía al área de caja; y, (ii) la declaración del señor Luna de que la parte denunciante no figuraba en la lista que envió a la Discoteca Gótica.
8. El 9 de agosto de 2012, la parte denunciante adjuntó como medio probatorio una impresión de la página web oficial de la Discoteca Gótica, donde se apreciaba que el costo de entrada a dicho local ascendía a S/. 50,00.
9. El 20 de setiembre de 2012, la parte denunciante ofreció como medios probatorios, las declaraciones testimoniales de la señora Martínez y del señor Tokeshi. Asimismo, presentó dos declaraciones juradas de los testigos propuestos donde relataban los hechos materia de controversia.
10. Mediante Resolución de Secretaría Técnica 3 del 7 de noviembre de 2012, se requirió a Gótica que cumpla con: (i) informar si en el día en que sucedió el hecho denunciado se llevó a cabo en sus instalaciones el evento "Lima Fashion Week", debiendo precisar si fue organizado por la discoteca o por un tercero; e, (ii) indicar el precio de las entradas a la Discoteca Gótica para el público en general, en la fecha de los hechos investigados, debiendo precisar los mecanismos que empleó para informar sobre ello a los consumidores.
11. El 15 de noviembre de 2012, Gótica atendió el requerimiento de información efectuado mediante Resolución 3, señalando que el evento "Lima Fashion Week" no se había llevado a cabo en su discoteca y que los precios de sus entradas se encontraban de manera visible en la caja donde se adquirirían.
12. El 19 de noviembre de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión llevó a cabo una diligencia de declaración testimonial tomada al señor Tokeshi, a la señora Martínez y al señor Luna.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

13. El 19 de diciembre de 2012 se llevó a cabo una audiencia de informe oral, con la participación de la parte denunciante, su representante y la representante de Gótica.
14. Mediante Resolución 715-2013/CC1 del 31 de julio de 2013, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1 (en adelante, la Comisión), emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Dispuso la acumulación de los expedientes bajo los cuales se tramitaba el procedimiento de oficio y la denuncia interpuesta, por existir conexidad entre ellos (expedientes 847-2012/CPC y 1073-2012/CPC);
 - (ii) declaró fundado los procedimientos de oficio y de parte iniciados contra Gótica, por infracción de los artículos 1°.1, literal d), 38°.1 y 38°.3 del Código, al haberse acreditado que incurrió en una práctica discriminatoria al condicionar el ingreso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, al pago de una suma mayor a la requerida para la generalidad de consumidores, debido a su condición de transgénero;
 - (iii) ordenó como medidas correctivas que Gótica:
 - (a) en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contado a partir de notificada la resolución, remita una carta a la parte denunciante mediante la cual le ofrezca una disculpa por el trato discriminatorio brindado y que, por un lapso de seis (6) meses, publique un aviso en su página web y coloque un aviso visible para todos los consumidores en la entrada de la Discoteca Gótica con el texto: *“Gothic Entertainment S.A. informa al público en general que en la Discoteca Gótica se encuentran prohibidas todas las prácticas discriminatorias a consumidores por cualquier motivo, incluyendo distinciones injustificadas por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, opción sexual o cualquier otro motivo”*;
 - (b) en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles contado a partir de notificada la resolución, capacite a todo su personal para que se eviten conductas discriminatorias similares a la verificada en el presente procedimiento, debiendo acreditar dicha capacitación ante la Secretaría Técnica; y,
 - (c) se abstenga de realizar prácticas discriminatorias de cualquier índole que impliquen una vulneración a los derechos de los consumidores;
 - (iv) sancionó a Gótica con una multa de 100 UIT;
 - (v) ordenó a la denunciada que cumpla con el pago de las costas y de los costos del procedimiento; y,
 - (vi) dispuso la inscripción de Gótica en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi, una vez que la resolución fuera declarada firme.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

15. El 12 de agosto de 2013, Gótica apeló la Resolución 715-2013/CC1, indicando lo siguiente:
- (i) La Comisión tomó por ciertas las declaraciones vertidas por las amistades de la parte denunciante, quienes alegaron que el personal de seguridad de la discoteca increpó al señor Luna sobre la asistencia de este a su establecimiento, no obstante de manera arbitraria desestimó la declaración jurada del señor Luna donde señaló que era falso que la parte denunciante había sido su invitado; en ese sentido, se apreciaba una contradicción en la resolución recurrida;
 - (ii) el precio de entrada a la discoteca no fue materia de análisis profundo durante el procedimiento, por lo que su empresa no tuvo opción de ejercer su defensa sobre el particular;
 - (iii) los miembros de seguridad únicamente cumplían la función de mantener el orden tanto fuera como dentro de las filas de ingreso a la discoteca, siendo la persona que se encontraba ubicada en caja, la encargada de cobrar el precio por entrada a las personas que no eran socias o no se encontraban en la lista de invitados;
 - (iv) la información que fue brindada por los miembros de seguridad a la parte denunciante sobre las sumas que se cobraban para el ingreso a la discoteca, se encontraba acorde con lo expresado en su escrito de descargos;
 - (v) no era cierto que se produjo un alza arbitraria del precio de entrada a la discoteca, pues los precios se encontraban diferenciados de acuerdo al área de sus instalaciones donde se solicitaba ingresar (general o vip);
 - (vi) sin perjuicio de lo anterior, no se encontraba acreditado que a la parte denunciante se le solicitó como entrada un pago mayor al normalmente establecido como ingreso, pues la parte denunciante no se acercó a la caja con la intención de pagar su entrada, sino únicamente para tomarse una foto dentro de sus instalaciones;
 - (vii) no era cierto que no habían justificado la demora en permitirle a la parte denunciante acceder a la caja, pues esta se produjo por una causa atribuible al consumidor, quien no se decidía a pagar el precio de la entrada;
 - (viii) prueba de que no se incurrió en una práctica discriminatoria, era que se brindó el mismo trato a los acompañantes de la parte denunciante, quienes dudaban en pagar el precio de la entrada, al no encontrarse en la lista de invitados;
 - (ix) con relación al daño resultante y naturaleza del perjuicio ocasionado tomados en cuenta para la graduación de la sanción, no se encontraba acreditado que enviaron mensajes insultando a la parte denunciante; y,



- (x) no era cierto que su defensa no había estado guiada por la buena fe procedimental por haber señalado que el costo de la entrada ascendía a S/. 200,00 cuando el costo real era S/. 50,00, toda vez que durante el procedimiento el precio de entrada a la discoteca no fue materia de análisis profundo durante el procedimiento.

16. El 3 de abril de 2014, la parte denunciante solicitó que se le conceda el uso de la palabra.

ANÁLISIS

Sobre la solicitud de informe oral

17. El 3 de abril de 2014, la parte denunciante solicitó que la Sala le conceda el uso de la palabra para exponer sus argumentos. Al respecto, el artículo 16° del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, señala que quedará a criterio del órgano resolutivo convocar o denegar la solicitud para la actuación del informe oral.
18. En el presente caso, se ha verificado que en el transcurso del procedimiento, tanto la parte denunciante como Gótica, han tenido oportunidad de exponer por escrito sus argumentos de la manera más amplia posible, así como han podido plantear sus posiciones en la audiencia de informe oral llevada a cabo el 19 de diciembre de 2012.
19. Por tanto, considerando que las partes han podido ejercer plenamente su derecho de defensa y, además, que en su solicitud de informe oral de la parte denunciante ni siquiera ha referido la necesidad de presentar ante la Sala nuevos elementos de juicio relevantes para la resolución del caso, que justificasen la realización de una audiencia, corresponde denegar el uso de la palabra solicitado.

Nociones preliminares y marco legal nacional y supranacional sobre la discriminación

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

(...)"

21. Con relación al 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 añadido).

22. Al respecto, 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 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

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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

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 añadido).

23. Asimismo, se indicó que la inclusión del término “otra condición social” en el artículo 1.1 de la Convención, permitía incorporar a otras categorías, como protegidas de 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 al perspectiva de la opinión más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.
(...)” (Subrayado añadido).

24. 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 proscribiera 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).

25. 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:

(...)

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.” (Subrayado añadido).

26. 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.
27. 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

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.



Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

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.

28. En este punto, debe tenerse presente la Sentencia recaída en el Expediente 2273-2005-PHC/TC del 20 de abril de 2006, 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*.
29. De allí que convenga recordar que el derecho a la identidad personal tiene a 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.

30. 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

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>.

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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

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.).

(...)"

31. Así, 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 personan del sexo femenino, y viceversa⁷.
32. 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 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.
33. 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, en la medida que 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

⁷ En opinión de Juan 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.

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

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.

34. Por último, 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.

Marco legal sobre el derecho de los consumidores a no ser discriminados y la carga probatoria en denuncias de actos discriminatorios

35. Teniendo en cuenta el marco legal nacional y supranacional citado precedentemente, el artículo 1°.1 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. Por su parte, los artículos 38°.1, 38°.2 y 38°.3 de dicho cuerpo legal¹² contemplan el tipo infractor de discriminación en el consumo, estableciendo que los proveedores se encuentran prohibidos de

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>

¹¹ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1°.- 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 38°.- Prohibición de discriminación de consumidores.

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen y 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.

36. Las normas antes expuestas establecen un deber de no discriminación para los proveedores y la prohibición de exclusión de las personas sin que medien causas objetivas y razonables. Una conducta es discriminatoria cuando no se aplican las mismas condiciones comerciales a consumidores que se encuentren en situación de igualdad y cuando la conducta infractora está motivada por la pertenencia del consumidor a un grupo humano determinado, lo cual se sustenta en prejuicios que afectan la dignidad de las personas.
37. 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.
38. Respecto a la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 39° del Código¹⁴, para que se configure una infracción, el consumidor deberá, en primer lugar, acreditar la existencia de un trato desigual. Solo superada esta valla, en un segundo momento, la Administración exigirá al proveedor que demuestre la existencia de una causa objetiva y justificada para tal trato desigual. De no acreditarse esta última, corresponderá determinar si el trato desigual injustificado configura una práctica discriminatoria, para lo cual

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.

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. (Subrayado añadido)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

podrá recurrirse a la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios, conforme a lo señalado en el artículo 39° citado previamente.

39. Así, en lo que concierne al ámbito específico de los procedimientos por infracción a las normas de protección al consumidor y, en especial, en los procedimientos que versen sobre prácticas discriminatorias, los indicios resultan ser una herramienta particularmente importante, puesto que los proveedores suelen tener más y mejor posibilidad de generar medios probatorios que el consumidor, originándose algunas veces dificultad en la atribución de responsabilidades por los hechos denunciados, debido a la falta de pruebas directas para acreditar las alegaciones efectuadas por las partes.
40. 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 en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados. Así, por ejemplo, puede darse el caso que un indicio, apreciado de manera aislada, no convenza al juzgador, pero que éste, apreciado al lado de otros indicios, lo lleven a formarse una auténtica convicción.
41. Cabe indicar que el indicio 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, etc.). 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). Negar la utilización de estos sucedáneos es negarle a la autoridad administrativa la posibilidad de efectuar un razonamiento lógico, posibilidad que está claramente admitida en el artículo 39° del Código citado precedentemente, el mismo que se alinea con el señalado en el Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos en materia de protección al consumidor.
42. Lo anteriormente expuesto ha sido aplicado en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor contra Gersur S.A.C. (Discoteca "Café del Mar"), en cuyo marco se emitió la Resolución 1415-2006/TDC del 13 de setiembre de 2006, donde a partir de la constatación de un impedimento de ingreso al local de una pareja de rasgos mestizos y el efectivo ingreso de una pareja de rasgos caucásicos, se abordó a la conclusión de que se había incurrido en una práctica discriminatoria por motivo de raza. Como puede apreciarse, no existió una prueba directa y



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

expresa –como un reconocimiento por parte del proveedor¹⁵– que diera cuenta de que las características físicas de la pareja de rasgos mestizos hayan sido los motivos para impedirles el ingreso al establecimiento.

43. Esta flexibilización legal de la carga de la prueba se alinea a lo señalado 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 estipulado en la Constitución Política del Perú¹⁷, de modo que dicha carga recaiga en aquél sujeto de la relación de consumo que se encuentra en mejor posición o condición para satisfacerla¹⁸.
44. A mayor abundamiento, en la jurisprudencia internacional comparada se ha reconocido la dificultad probatoria en que se encuentran los afectados de actos discriminatorios, concluyendo la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Español que debe exigirse al denunciante únicamente presentar indicios suficientes de una conexión de la conducta del sujeto activo con la categoría protegida en que se encuentra el sujeto pasivo¹⁹, para

¹⁵ Reconocimiento que se verificó en el procedimiento iniciado por los señores José Enrique Sánchez Canales y Patrick Michael Finn contra Plaza Hotel E. I. R. Ltda. (Resolución 1507-2013/SPC-INDECOPI del 12 de junio de 2013).

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:

"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, 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 Raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, orientación sexual, entre otras.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

que recaiga en el sujeto activo la carga de probar que su actuación tuvo causas absolutamente extrañas y ajenas al móvil discriminatorio. Ello, sobre la premisa de que: *“la distribución de cargas probatorias propia de la prueba indiciaria alcanza a supuestos en los que esté potencialmente comprometido cualquier derecho fundamental”*²⁰.

45. En este punto, resulta pertinente citar lo expresado por la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia emitida el 4 de mayo de 2011, sobre las reglas jurisprudenciales aplicables a tratos discriminatorios basados en criterios sospechosos²¹:

“(…)

7. Reglas jurisprudenciales aplicables a tratos discriminatorios basados en criterios sospechosos

Conforme a lo expuesto en la presente providencia, está prohibida la discriminación directa o indirecta, dirigida a todas aquellas personas o grupos históricamente o marginados que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. **Se pueden destacar como criterios sospechosos de discriminación los siguientes:**

- El sexo, la orientación sexual o la identidad de género;
- La raza;
- El origen nacional o familiar al igual que el étnico o de cualquier índole;
- La lengua;

(…)

Ante la verificación de conductas o actos de diferenciación en los presupuestos anteriormente expuestos, el juez constitucional debe contemplar en cada caso concreto que los criterios sospechosos son categorías que:

- (i) Se fundamentan en rasgos permanentes y connaturales de las personas, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad o libre desarrollo.
- (ii) Históricamente han sido sometidos, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlos y/o segregarlos .
- (iii) No constituyen, per se, razonamientos con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.
- (iv) Cuando se acude a ellas para establecer diferencias en el trato, salvo la existencia de una justificación objetiva y razonable presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad.

²⁰ Sentencia emitida el 13 de febrero de 2006, por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Español, en el proceso iniciado por Paul Ciaccio contra Alitalia Líneas Aéreas Italianas S.p.A., la cual puede ser visualizada en la siguiente dirección electrónica: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2006/41>

²¹ La sentencia puede ser visualizada en la siguiente dirección electrónica: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-314-11.htm>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

Conforme a lo anterior, es importante tener en cuenta en los casos que presenten problemas jurídicos basados en criterios sospechosos de discriminación, lo relativo a la carga probatoria y al papel del juez de tutela en el análisis del caso.

8. La prueba de los actos discriminatorios y el deber probatorio del juez en materia de tutela

8.1. Para la Sala no es ajeno que en muchas ocasiones los actos discriminatorios son de difícil o compleja prueba. En virtud de ello la jurisprudencia ha señalado que en casos de discriminación la carga de la prueba se traslada a la persona que pretende tratar de forma diferenciada a otra y no en quien alega la vulneración del derecho a la igualdad. Lo anterior encuentra sustento en la naturaleza misma del acto sospechoso y en la necesidad de proteger las personas o colectividades señaladas anteriormente.

(...)

En la **Sentencia T-741/04** se efectuó una importante precisión sobre la carga probatoria en los procesos de tutela. La providencia explica que si bien la carga radica en la parte fuerte de la cual se alega la vulneración, también debe tenerse en cuenta que aquel que pueda probar lo haga sobre la base de la carga probatoria, así:

'La regla general en materia de pruebas en los procesos de tutela consiste en que quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación en la medida en que ello le sea posible; por tal razón, en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar –con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe– aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar lo alegado en su contra. Así ha sucedido, por ejemplo, en múltiples casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral.

La justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal. Por eso, en materia de tutela, la regla no es "el que alega prueba", sino "el que puede probar debe probar", lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos.'

Visto lo anterior es claro que ante la complicada pero no imposible prueba de los actos discriminatorios, **es la persona de quien se alega la ejecución del**



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

acto discriminatorio la que debe desvirtuar la presunción de discriminación. (...)” (Subrayado y resaltado añadido)

46. En la línea de lo expuesto por la Corte Constitucional de Colombia, en la nota al pie 114 de la Sentencia emitida por la CIDH en el marco del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, se establece lo siguiente:

“(…)

De acuerdo a diversas fuentes del derecho internacional y comparado esta discriminación contra la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales (en adelante ‘LGTBI’) es inaceptable porque: i) la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona (infra párr. 139). Asimismo: ii) la comunidad LGTBI ha sido discriminada históricamente y es común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad. (...) Por otra parte: iii) constituyen una minoría a la que le resulta mucho más difícil remover las discriminaciones en ámbitos como el legislativo, así como evitar repercusiones negativas en la interpretación de normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia. (...) Finalmente: iv) la orientación sexual no constituye un criterio racional para la distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. (Subrayado añadido).

47. Coincidiendo con la jurisprudencia internacional comparada anteriormente citada, en el artículo “La carga de la prueba en casos de discriminación ante la Corte Europea de Derechos Humanos”, de autoría de Rosmerlin E y Án Silva, respecto de denuncias interpuestas contra un Estado parte por la contravención de la cláusula de no discriminación contenida en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, se señala lo siguiente:

“(…) la CEDH ha establecido un procedimiento de inversión de la carga de la prueba que le exige al demandante aportar por lo menos la prueba sumaria tendiente a establecer una presunción de facto de la discriminación alegada y deja al Estado la tarea de refutar la presunción.

“(…)

Cuando la carga de la prueba se invierte, la prueba exigida al demandante no tiene el nivel de complejidad y valor requerido normalmente. El demandante debe centrarse en proporcionar la prueba sumaria de la existencia de un tratamiento diferente fundado en un motivo prohibido, sin que medie una justificación objetiva y razonable.

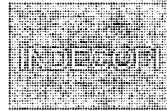
“(…)

Efectivamente, la inversión de la carga de la prueba beneficia al demandante con una ‘presunción de discriminación’. Sin embargo, esta se somete a prueba en contrario. Por lo tanto, el Estado encausado puede, en todo caso,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

suministrar el acervo probatorio suficiente para convencer a la Corte de la justeza de su acción en el marco de los compromisos convencionales.

(...)

En la primera hipótesis, destruir la analogía supone demostrar que la persona demandante no se encuentra en la misma situación que el resto de la población con la que pretender ser comparada.

(...)

En la segunda hipótesis, destruir la presunción de motivos prohibidos supone demostrar que el objetivo perseguido por el Estado fue legítimo, los medios empleados proporcionales y las razones de la distinción operada no tuvieron como base un motivo discriminatorio.

(...)" (Subrayado añadido)²²

48. En resumen, considerando el carácter *fundamental* del derecho a no ser discriminado y el derecho a la identidad de género –el cual sustenta la especial protección que merecen– ante la denuncia de un trato discriminatorio corresponde que el consumidor acredite la existencia de un trato desigual; luego, que el proveedor demuestre la existencia de una causa objetiva y justificada para tal trato desigual; finalmente, de no cumplirse con esto último, corresponderá determinar si el trato desigual injustificado configura una práctica discriminatoria, para lo cual podrá recurrirse a la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios, conforme a lo señalado en el artículo 39° citado.

Aplicación al caso concreto

49. En el presente caso, se inició un procedimiento de oficio y uno de parte contra Gótica, imputándole haber incurrido en un presunto acto discriminatorio, al haber impedido a la parte denunciante el acceso a la Discoteca Gótica, sin que hayan mediado razones de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y razonables que justificaran dicho accionar.
50. De los hechos difundidos por el programa La Noche es Mía y de los términos de la denuncia presentada, se desprende que las conductas del personal de Gótica en las cuales se sustentó la supuesta existencia de una práctica discriminatoria, fueron las siguientes: (i) impedir el acceso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, pese a que se encontraba en la lista de invitados enviada por el señor Luna; y, (ii) obstaculizar el acceso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, por la vía de acceso al público en general, al brindarle información irregular sobre el precio de la entrada e incrementándolo sin explicación alguna.

²² Si bien se citan pronunciamientos emitidos en el marco de procesos seguidos contra Estados, en opinión de este Colegiado el razonamiento contenido en los mismos es, en principio, extensible a los procesos seguidos contra particulares en virtud de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, desarrollada precedentemente.



51. Con relación a la conducta citada en el acápite (i) del numeral anterior, la Comisión señaló lo siguiente:

"(...)

51. En ese sentido, si bien ha quedado acreditado que la señorita Arbulú no ingresó a la discoteca "Gótica" a través del acceso para invitados, la manifestación del señor Luna ha evidenciado que el nombre de la denunciante y sus dos amigos nunca fue consignado en la lista de invitados respectiva, motivo por el cual no se acredita una negativa injustificada ni un trato discriminatorio por parte de Gothic Entertainment al denegar el ingreso de la denunciante por este motivo, pues para poder ingresar como invitada debió haberse remitido previamente los nombres.

(...)" (Subrayado añadido).

52. No obstante, con relación a la conducta citada en el acápite (ii) del numeral 50, la Comisión concluyó que esta, conjuntamente analizada con otros elementos de juicio que se desprendían de los medios probatorios que obran en el expediente, acreditaban la existencia de un acto de discriminación contra la parte denunciante, motivo por el cual encontró responsable a Gótica por infracción de los artículos 1°.1, literal d), 38°.1 y 38°.3 del Código, sancionándola con una multa de 100 UIT. Dicho pronunciamiento originó que la denunciada interpusiera un recurso de apelación contra la Resolución 715-2013/CC1.
53. Considerando lo anterior, corresponde precisar que en el análisis que la Sala efectuará sobre la conducta imputada a Gótica, partirá de la premisa de que la parte denunciante no se encontraba en la lista de invitados enviada por el señor Luna a la Discoteca Gótica, siendo materia de examen la conducta citada en el acápite (ii) del numeral 50 de la presente resolución.
54. Ahora bien, la Comisión halló responsable a Gótica, sobre la base de los siguientes argumentos:

- (i) Del análisis en conjunto de las declaraciones juradas del señor Tokeshi y la señora Martínez, así como de sus declaraciones testimoniales, se desprendía que el personal de seguridad de Gótica hizo esperar a la parte denunciante en la zona de acceso general –distinta de aquellas por donde ingresaban las personas que se encontraban en lista y los socios con sus acompañantes– brindándole información irregular sobre el precio de la entrada;
- (ii) en el video grabado por la parte denunciante que daba cuenta de los hechos ocurridos el 27 de abril de 2012, se apreciaba que el personal



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

de seguridad de Gótica le informó dos (2) precios distintos para el ingreso;

- (iii) la información sobre el precio de la entrada para el público en general que fue brindada a la parte denunciante, no coincidía con el precio de S/. 50,00 que se encontraba en la página web de la discoteca, siendo este último informado también por una representante de la Discoteca Gótica en la comunicación telefónica que constaba en el audio de fecha 26 de julio de 2012 y ratificado por la representante de la denunciada en la audiencia de informe oral llevada a cabo el 19 de diciembre de 2012;
- (iv) Gótica no sustentó los motivos por los cuales su personal de seguridad brindó información irregular sobre el precio de la entrada;
- (v) las declaraciones testimoniales de la señora Martínez y del señor Tokeshi constituían indicios suficientes para tener por acreditado que se dificultó el ingreso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, debido a su condición de transgénero; y,
- (vi) a mayor abundamiento se consideró el que el personal de seguridad de Gótica: (a) hizo esperar a la parte denunciante en la entrada por un lapso de tiempo mayor al prudencial, lo cual denotaba una conducta inusual, en tanto si un agente de seguridad no ubicaba a un consumidor en la lista de invitados y éste requería acceder al establecimiento cancelando el costo correspondiente, lo regular era que se le brindara las facilidades del caso para su pronto ingreso, salvo que existiera alguna razón de orden o seguridad que impidiera ello, situación que no había sido alegada, ni acreditada por la denunciada; (b) le informó que consultaría su ingreso; (c) mantuvieron conversaciones mientras hacían esperar a la parte denunciante.

55. En su apelación, Gótica indicó que: (i) la Comisión tomó por ciertas las declaraciones vertidas por las amistades de la parte denunciante, quienes alegaron que el personal de seguridad de la discoteca increpó al señor Luna sobre la asistencia de este a su establecimiento, no obstante de manera arbitraria desestimó la declaración jurada del señor Luna donde señaló que era falso que la parte denunciante había sido su invitado; en ese sentido, se apreciaba una contradicción en la resolución recurrida; y, (ii) el precio de entrada a la discoteca no fue materia de análisis profundo durante el procedimiento, por lo que su empresa no tuvo opción de ejercer su defensa sobre el particular.

56. Al respecto, esta Sala no aprecia una contradicción en la resolución apelada, dado que la Comisión no desestimó la declaración jurada del señor Luna²³. Por el contrario, la valoración de dicho medio probatorio condujo a la primera

²³

En la foja 25 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

instancia a tener por acreditado que la parte denunciante no se encontraba en la lista de invitados enviada por el señor Luna a la Discoteca Gótica, concluyendo que el impedimento de ingreso a la parte denunciante por dicha vía no daba cuenta de una negativa injustificada o un trato discriminatorio.

57. Con relación al análisis efectuado en la resolución recurrida sobre el cobro del precio de la entrada a la discoteca, contrariamente a lo alegado por la denunciada, se ha verificado que la alegada información irregular brindada a la parte denunciante por el personal de seguridad de Gótica, se desprendía de los hechos difundidos por el programa La Noche es Mía –considerados como indicios que sustentaron el inicio del procedimiento de oficio–, de los términos de la denuncia presentada, así como de los medios probatorios presentados por la parte denunciante, los cuales fueron puestos en conocimiento de Gótica por la Secretaría Técnica durante la tramitación del procedimiento, de allí que tuvo la oportunidad y efectivamente ejerció su derecho de defensa como puede apreciarse de los términos de sus descargos (ver *supra*, numeral 6).
58. Asimismo, los cuestionamientos vertidos en el recurso de apelación de Gótica, vinculados a la alegada información irregular brindada a la parte denunciante por el personal de seguridad de su discoteca, fueron los siguientes:
- (i) Los miembros de seguridad únicamente cumplían la función de mantener el orden tanto fuera como dentro de las filas de ingreso a la discoteca, siendo la persona que se encontraba ubicada en caja, la encargada de cobrar el precio por entrada a las personas que no eran socias o no se encontraban en la lista de invitados;
 - (ii) la información que fue brindada por los miembros de seguridad a la parte denunciante sobre las sumas que se cobraban para el ingreso a la discoteca, se encontraba acorde con lo expresado en su escrito de descargos;
 - (iii) no era cierto que se produjo un alza arbitraria del precio de entrada a la discoteca, pues los precios se encontraban diferenciados de acuerdo al área de sus instalaciones donde se solicitaba ingresar (general o vip); y,
 - (iv) sin perjuicio de lo anterior, no se encontraba acreditado que a la parte denunciante se le solicitó como entrada un pago mayor al normalmente establecido como ingreso, pues la parte denunciante no se acercó a la caja con la intención de pagar su entrada, sino únicamente para tomarse una foto dentro de sus instalaciones.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOP

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

59. Obra en el expediente un CD que contiene el video de fecha 27 de abril de 2012, correspondiente a la conversación sostenida por la parte denunciante y sus acompañantes, con los miembros de seguridad ubicados en la puerta de ingreso a la Discoteca Gótica²⁴:

"(...)

Señor Tokeshi: *Disculpa, queremos pagar la entrada.*

Personal de seguridad: *Qué le ha dicho el señor de allá, de la entrada.*

Señor Tokeshi: *No nada me dijo que cómo se llama que los socios, no entendí bien pero me dijo que solos los socios entraban o algo así.*

La parte denunciante: *Cierto?*

Personal de seguridad: *Por ahí la entrada está S/. 200,00*

La parte denunciante: *No hay ningún problema yo puedo pagar.*

Señor Tokeshi: *Sí, podemos pagar*

Personal de seguridad: *Van a consultar ahorita un ratito que termine el evento para que puedan pagar, eso es lo que está viendo el señor, yo veo lista (...).*

La parte denunciante: *No, es que no quiere dar la cara. O sea simplemente no me quieren dejar entrar, genial no me hago líos.*

Personal de seguridad: *(...) nosotros a esta hora manejamos sólo lo que es lista y socios como verá, estamos esperando que termine el evento para consultar.*

La parte denunciante: *No, no me ha dicho que va a consultar simplemente me ha dicho que no*

Personal de seguridad: *Ya un ratito por favor*

La parte denunciante: *Ok, gracias*

(Transcurrido un minuto)

La parte denunciante: *Disculpa me dicen que has ido a consultar*

Personal de seguridad: *Un ratito, Ya no te preocupes ok (conversando por teléfono). Si quieres entrar (...) paga tu entrada S/. 200,00 por persona.*

La parte denunciante: *No tengo ningún problema*

(Con dirección a la caja)

Señora Martínez: *¿Por qué nos dijo S/.100,00 y ahora nos dice S/. 200,00?*

La parte denunciante: *No, pregunta cuánto está la entrada, baja tú y pregunta*

(En la caja)

Señora Martínez: *¿Cuánto está la entrada? ¿S/. 200,00?. Allá afuera me dijeron S/. 100,00 y acá S/. 200,00 (...). Acá es S/. 200,00 y en la cola nos dicen S/. 100,00*

La parte denunciante: *Ah, Ok*

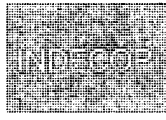
(En la puerta de ingreso)

La parte denunciante: *Disculpa, primero me dices S/. 100,00 acá y adentro me dicen S/. 200,00*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

Personal de seguridad: No, no señorita, pregunta en caja cuánto está la entrada

La parte denunciante: Si, normal

Personal de seguridad: S/. 200,00 está la entrada (...)

La parte denunciante: Pero hace rato me dijiste S/. 100,00, no te entiendo.

Personal de seguridad: Los que son invitados de socios pagan su entrada S/. 100,00, si no pagas tu entrada S/. 200,00.

La parte denunciante: ¿O sea solo los socios pueden entrar?

Personal de seguridad: Los invitados, pagas tu entrada en caja y no hay ningún problema.

La parte denunciante: Es que no lo voy a pagar, porque no está S/. 200,00, me estás mintiendo.

Personal de seguridad: Pero señorita pregunte en caja cuánto está la entrada, si en la entrada dicen eso usted pague la entrada.

Señora Martínez: ¿Y por qué primero dijiste S/. 100,00?

Personal de seguridad: Yo no te cobro la entrada, la entrada te la cobra la caja (...)" (Subrayado añadido).

60. De la conversación anteriormente citada, se extraen las siguientes consideraciones:

- (i) El personal de seguridad de Gótica no se expresó con claridad ante la consulta de la parte denunciante sobre el precio de la entrada a la discoteca, pues esta en un inicio entendió que debía pagar S/. 100,00 y luego le informaron que eran S/. 200,00;
- (ii) cuando la parte denunciante manifestó su voluntad de cumplir con el pago de S/. 200,00, el personal de seguridad de Gótica le indicó que ello iba a ser consultado, pues se encontraban a la espera de que culmine un evento que se venía desarrollando en la discoteca; sin embargo, conforme a lo informado por la propia denunciada, el día 27 de abril de 2012 no se llevó a cabo en su discoteca el evento "Lima Fashion Week"²⁵, ni tampoco la denunciada ha sustentado la realización de un evento distinto en la Discoteca Gótica que ratifiquen las declaraciones que en ese sentido fueron vertidas por el personal de seguridad; y,
- (iii) el personal de seguridad informó precios ascendentes a S/. 100,00 y S/. 200,00, pese a que en la impresión de la página web oficial de la Discoteca Gótica que obra en el expediente, se aprecia que el costo de entrada para el público en general ascendía a S/. 50,00²⁶, costo que fue

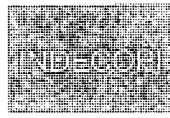
²⁵ En la foja 33 del expediente.

²⁶ En la foja 111 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

informado también por una representante de la Discoteca Gótica en la comunicación telefónica que constaba en el audio de fecha 26 de julio de 2012²⁷ y ratificado por la representante de la denunciada en la audiencia de informe oral llevada a cabo el 19 de diciembre de 2012²⁸.

61. En ese sentido, la Sala aprecia que la denunciada dificultó el ingreso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, al brindarle información confusa sobre el precio de la entrada, al cuadruplicar el precio regular de la entrada para el público en general y al formular pretextos con el fin de evitar que el consumidor pudiera pagar su entrada de manera inmediata; hechos que constituyen elementos de juicio suficientes para suponer una intención de desincentivar el ingreso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica.
62. En este punto, corresponde desvirtuar los alegatos de Gótica expuestos en el numeral 58 de la presente resolución, pues de la revisión de los actuados en el expediente, resulta evidente que los protagonistas de la controversia surgida por el ingreso a la Discoteca Gótica, fueron la parte denunciante y los miembros de seguridad de dicha discoteca, a través de los cuales el recurrente entabló de manera directa el primer contacto con la denunciada, actuando los miembros de seguridad como sus representantes²⁹, quienes en el marco del cumplimiento de sus labores, brindaron información sobre el precio de la entrada, punto controvertido en el presente procedimiento.
63. En ese sentido, en el presente caso, no resulta exacto que el personal de seguridad únicamente cumplió con la función de mantener el orden tanto fuera como dentro de las filas de ingreso a la discoteca, siendo irrelevante para la resolución del presente caso que la persona que se encontraba ubicada en caja era la encargada de efectuar el cobro.
64. Asimismo, más allá de si que la información que fue brindada por los miembros de seguridad se encontraba acorde con lo expresado en su escrito de descargos, cabe reiterar que dicha información no coincidía con el precio de entrada para el público en general S/. 50,00 constatado en autos (ver *supra*, acápite (iii) del numeral 60), de allí que se verifica que Gótica brindó a la parte denunciante información irregular sobre el precio de la entrada, incrementándolo, hecho acreditado con independencia de si la parte denunciante se acercó a la caja con o sin la intención de pagar su entrada, no apreciándose de los medios probatorios que obran en el expediente que

²⁷ En la foja 113 del expediente.

²⁸ En la foja 177 del expediente.

²⁹ **CÓDIGO CIVIL. Artículo 165°.-** Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

se acercó a la caja únicamente para tomarse una foto dentro de las instalaciones de la discoteca, mas aun cuando se ha constatado que quién se acercó a la caja fue la señora Martínez.

65. De otro lado, con relación a que los precios de entrada a la discoteca se encontraban diferenciados de acuerdo al área de sus instalaciones donde se solicitaba ingresar (general o vip), constituye un alegato vertido por Gótica en su recurso de apelación que también resulta irrelevante para la resolución del presente caso, pues dicha diferenciación no fue en momento alguno planteada por el personal de seguridad de Gótica cuando la parte denunciante consultó sobre el precio de entrada a la discoteca, ni tampoco fue precisada en sus descargos, limitándose a diferenciar los costos en función a si se asistía en calidad de invitado de un socio, como parte de una lista de invitados o como público en general.
66. Con relación al alegato de Gótica respecto de que la demora en permitirle a la parte denunciante acceder a la caja, se produjo por una causa atribuible al consumidor, toda vez que no se decidía a pagar el precio de la entrada, corresponde desestimarlos en la medida que se ha verificado que fue el personal de seguridad de Gótica el que formuló pretextos a fin de evitar que el consumidor pudiera pagar su entrada de manera inmediata.
67. Ahora bien, no se aprecia en el expediente elementos que aporten indicios de que se dificultó el ingreso a otras personas en los mismos términos que a la parte denunciante y a sus acompañantes: el señor Tokeshi y la señora Martínez. En ese sentido, esta Sala considera que ha quedado acreditado que el 27 de abril de 2012, Gótica brindó un trato desigual a la parte denunciante, al obstaculizar su ingreso a su discoteca.
68. Asimismo, esta Sala aprecia que Gótica no demostró la existencia de causas objetivas y justificadas para condicionar el ingreso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, al pago de una suma mayor a la requerida para la generalidad de los consumidores, pues como ha sido señalado en la presente resolución, el incremento del precio regular de la entrada para el público general no se hallaba sustentado en el desarrollo de un evento al interior del establecimiento. A ello debe agregarse que tampoco existen en el expediente indicios de que la parte denunciante incurrió en conductas que pusieran en riesgo la seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes, u otros similares.
69. En este punto, corresponde atender a que el afectado indicó que el trato que recibió de parte del personal de seguridad de Gótica, constituyó una conducta discriminatoria debido a su condición de transgénero.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

70. Respecto a la definición de “transgénero”, conforme ha sido señalado en anteriores acápite, se trata de 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.
71. Considerando el marco legal y teórico desarrollado precedentemente, corresponde determinar si se desprenden del expediente indicios suficientes de que Gótica discriminó a la parte denunciante por su condición de transgénero.
72. En primer lugar, de la revisión de los actuados en el procedimiento se ha verificado que no constituyen materias de discusión los siguientes hechos:
- (i) La parte denunciante tiene la condición de transgénero, es decir, aun cuando se percibe, siente y se desenvuelve en la sociedad como una persona del género femenino, tiene características biológicas del sexo masculino;
 - (ii) lo anterior se corrobora del DNI de la parte denunciante, donde si bien se aprecia que tiene apariencia femenina, se halla registrada como una persona de sexo “masculino”³⁰; y,
 - (iii) no existen pruebas de que la parte denunciante sea transexual, es decir, que se haya sometido a una intervención de cambio de sexo³¹.
73. En segundo lugar, se aprecia que la denunciada dificultó el ingreso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, al brindarle información confusa sobre el precio de la entrada, al cuadruplicar el precio regular de la entrada para el público en general y al formular pretextos con el fin de evitar que el consumidor pudiera pagar su entrada de manera inmediata.
74. Asimismo, esta Sala ha corroborado que las declaraciones juradas del señor Tokeshi y la señora Martínez, coinciden con sus respectivas declaraciones testimoniales, en lo siguiente:

Declaración jurada del señor Tokeshi

³⁰ Ello se aprecia en la copia del DNI de la parte denunciante.

³¹ Si bien se ha tomado conocimiento de que mediante Resolución 379 del 26 de octubre de 2006, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, se ordenó a la Municipalidad de Lima Metropolitana que efectúe la rectificación de los nombres masculinos del demandante, por femeninos; a diferencia del presente caso, se encontraba acreditado que el demandante se había sometido a una intervención quirúrgica de cambio de sexo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOP

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

"(...) Nos sentimos sorprendidos e indignados, porque pese a las coordinaciones previas no nos estaban dejando ingresar bajo el pretexto de que no estábamos en la lista, cuando no era cierto. Ante ello, un personal de seguridad se me acercó y me dijo que 'a mí me podían dejar ingresar pero que ella no' refiriéndose a Godfrey, yo no acepté. En esos momentos Johana Fabián me llama a un costado para preguntarme qué era lo que había pasado y la razón por la cual no ingresábamos a la discoteca, a lo que yo le respondí que el personal de seguridad nos había señalado que no estábamos en lista. Ante mi respuesta, Johana me confirmó que sí estábamos en la lista de invitados pues Diego Luna se lo había confirmado por lo que lo busca para preguntarle. En ese momento Johana y Diego estaban por ingresar a la discoteca.

Luego de eso, observé que un empleado de seguridad de la discoteca, comenzó a recriminar alguna cosa a Diego Luna que por la distancia sólo llegué a escuchar la palabra 'travesti'. Seguidamente Johana Fabián se me acercó y me dijo que no íbamos a ingresar a la discoteca porque el jefe de seguridad le había recriminado a Diego Luna el haber invitado a una persona transexual señalándole que 'ella no iba a entrar porque era un hombre disfrazado de mujer y que encima que me traes gays, me traes travestis', frase con la que pude tener claridad de lo que había visto y escuchado momentos previos.

Asimismo, cabe señalar que durante todo el transcurso de los hechos el personal de seguridad de la discoteca ubicados en la entrada observaban y miraban a Godfrey de manera insistente, murmurando entre sí y riéndose, lo que nos causó una situación de malestar, además de la espera en darnos una respuesta. (...)" (Subrayado y resaltado añadido).

Declaración jurada de la señora Martínez

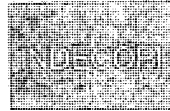
"(...) Al regresar Johana nos señaló que el personal de seguridad les había reclamado la presencia de Godfrey diciéndole 'que no iba a entrar porque era un hombre', llegando Diego a reclamar al jefe de seguridad sobre cuál era el motivo para impedirle el ingreso si ella era una amiga, obteniendo por respuesta que 'encima que me traes gays, ahora me traes travestis'.

Ello confirmó nuestras sospechas en referencia a los momentos incómodos que nos hacían pasar, el personal de seguridad estaba discriminando a Godfrey por ser una transexual y por ello se le impedía el ingreso. A ello se sumó el hecho que una persona de seguridad se acercó a Jorge diciéndole 'te puedo dejar a entrar a ti pero no a ella', refiriéndose a Godfrey." (Subrayado y resaltado añadido).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

75. Cabe indicar que, en el recurso de apelación de Gótica, la única referencia que la denunciada hace a tales declaraciones, ha sido desvirtuada en los numerales 55 y 56 de la presente resolución.
76. De las declaraciones de los testigos que acompañaron a la parte denunciante el día que ocurrió el hecho denunciado –las mismas que no han sido desvirtuadas por la denunciada–³² se desprende una desvaloración de la condición de transgénero del recurrente, incurrida por el personal de seguridad de la Discoteca Gótica. Cabe indicar que tales declaraciones han sido ratificadas por la señora Fabián, quien presencié directamente las expresiones vertidas por el personal de seguridad sobre la presencia del consumidor denunciante y puso al tanto de ellas al señor Tokeshi y a la señora Martínez; dicha ratificación se desprende de un video que obra en el expediente y que da cuenta de la entrevista que le hizo un reportero del programa La Noche es Mía³³.
77. Corresponde hacer hincapié en que, el hecho que la parte denunciante no se encontraba en la lista de invitados enviada por el señor Luna a la Discoteca Gótica, no desvirtúa la existencia de las expresiones vertidas por el personal de seguridad con respecto a su condición de transgénero. Más aún, la denunciada no ha presentado medio probatorio alguno que refute los testimonios citados, pese a que se encontraba en la posibilidad de hacerlo, por ejemplo, con las declaraciones juradas de su personal de seguridad desmintiéndolos.
78. A ello debe agregarse que las declaraciones de la señora Huerta³⁴ –a quien en su denuncia la parte denunciante identificó como coordinadora de la Discoteca Gótica, sin que dicha condición ni sus declaraciones fueran desvirtuadas por la denunciada–³⁵ resultan reveladoras de que se habría incurrido en una desvaloración de la condición de transgénero del recurrente y, por ende, en un acto de discriminación:

³² LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 162°.- Carga de la prueba.
(...)

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

³³ En la foja 50 del expediente.

³⁴ En la foja 51 del expediente.

³⁵ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 162°.- Carga de la prueba.
(...)

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



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

(...)

Señora Huerta: Yo te entiendo o sea te entiendo que a mí tampoco me gustaría que me discrimine por nada.

(...)

Señora Huerta: Ya, si vas a salir donde Carlos Carlín, o sea sí sal, (...) o sea cuéntalo no pero no así tanto o sea sin hacerlo tan grande para que no nos perjudiques a los que trabajamos ahí, porque pucha el dueño dice remuevo todo, y remueve todo y hasta yo me quedo sin chamba, tu pata se queda sin chamba, me entiendes

La parte denunciante: Sí, obviamente (...)

Señora Huerta: Y pues sí a mí me parece que sí, o sea si tú me preguntas a mí tienes que ir y decir algo, pucha que **sí te han discriminado entiendes** pero eso queda con los abogados y toda esa vaina o sea es como que dales un jalón de orejas lo que tú quieras o sea si quieres te paso el teléfono de mi pata, me entiendes y hablas con él, porque de verdad es bueno el cholito es bueno, me entiendes

La parte denunciante: Bueno contigo y sus amistades no conmigo.

(...)

La parte denunciante: Claro genial pero igualito, pero este igualito la denuncia va contra la discoteca, no va contra ese señor

Señora Huerta: Cierto, pero igual tú sabes que la discoteca no se va a quedar así pucha puede tomar cualquier tipo de represalias contra todos los que trabajamos ahí y entonces ya estamos fregados

La parte denunciante: (...) No lo hago ni siquiera por un poco de fama, ni por un poco de plata, no lo hago por eso Pava, lo hago por el maltrato que yo he recibido, o sea por el maltrato psicológico, por la discriminación me entiendes por eso lo estoy haciendo (...).

Señora Huerta: (...) Que tú salgas o sea él me dice que salga, que salga ya normal, pero pucha querer hacerlo tan grande **o sea sí es un acto de discriminación** (...) si la discoteca tiene que pedirte disculpas me parece tiene que pedírtelas de todas maneras, (...) sí mínimo tiene que pedirte disculpas.

(...)” (Subrayado y resaltado añadido).

79. De otro lado, cabe reiterar que Gótica no demostró la existencia de causas objetivas y justificadas, distintas de la discriminación, para obstaculizar el ingreso de la parte denunciante a su discoteca, pues como ha sido señalado en la presente resolución, ni el incremento del precio regular de la entrada para el público general, ni la consulta que se efectuaría para que el consumidor pudiera pagar su entrada, se hallaban sustentados en el desarrollo de un evento al interior del establecimiento; tampoco existen en el expediente indicios de que la parte denunciante incurrió en conductas que pusieran en riesgo la seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes, u otros similares.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

80. Atendiendo a lo expuesto precedentemente, existen elementos de juicio que permiten concluir la existencia de una conexión entre la condición de transgénero de la parte denunciante y la conducta irregular del personal de seguridad de Gótica consistente en brindarle información confusa sobre el precio de la entrada, cuadruplicar el precio regular de la entrada para el público en general y formular pretextos con el fin de evitar que el consumidor pudiera pagar su entrada de manera inmediata. Lo anterior, valorado conjuntamente con las declaraciones del señor Tokeshi, la señora Martínez, la señora Fabián y la señora Huerta, evidencia una intención de desincentivar el ingreso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, dada su condición de transgénero.
81. En su apelación, Gótica señaló que prueba de que no había incurrido en una práctica discriminatoria, era que brindó el mismo trato a los acompañantes de la parte denunciante, el señor Tokeshi y la señora Martínez, quienes dudaban en pagar el precio de la entrada, al no encontrarse en la lista de invitados. Al respecto, esta Sala aprecia que, atendiendo a la existencia de indicios suficientes de que el trato que la parte denunciante recibió de parte del personal de seguridad de Gótica constituyó una conducta discriminatoria debido a su condición de transgénero, el trato brindado al señor Tokeshi y a la señora Martínez, respondió a su condición de acompañantes de la parte denunciante.
82. En atención a lo expuesto, corresponde confirmar la resolución venida en grado que halló responsable a Gótica por infracción de los artículos 1°.1, literal d), 38°.1 y 38°.3 del Código, toda vez que condicionó el ingreso de la parte denunciante a la Discoteca Gótica, al pago de una suma mayor a la requerida para la generalidad de los consumidores, debido a su condición de transgénero, incurriendo así en el tipo infractor de discriminación en el consumo.

Graduación de la sanción

83. El artículo 112° del Código establece que para determinar la sanción aplicable al infractor, se debe atender al beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción, la probabilidad de su detección, el daño resultante de la infracción y los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida,



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 847-2012/CPC
EXPEDIENTE 1073-2012/CPC
(Acumulados)

salud, integridad o patrimonio de los consumidores y otros criterios que dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión³⁶.

84. Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. El fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas.
85. En el presente caso, la Comisión sancionó a Gótica con una multa de 100 UIT, basándose en los siguientes criterios:

- (i) **Daño resultante y naturaleza del perjuicio causado:** Una práctica discriminatoria en el consumo se asocia a la afectación al derecho a la dignidad que sufre la persona involucrada en la controversia. En las prácticas discriminatorias por identidad de género, la afectación a los derechos fundamentales del ciudadano reviste un menoscabo a la propia identidad de la persona; pues resalta la diferencia en el estilo de vida que posee, haciéndosele sentir que no pertenece a la propia sociedad, al grupo regular de consumidores que libremente pueden acceder a los bienes y servicios que ofrecen los proveedores en el mercado. El daño causado es irreparable en tanto afecta la dignidad de la persona y la coloca en una situación de desigualdad frente a otros consumidores. El acto discriminatorio cometido por Gótica impactó directamente en los sentimientos e identidad de la parte denunciante. Ello, determina que la sanción a aplicar refleje la magnitud de los derechos fundamentales implicados y la naturaleza del perjuicio causado.
- (ii) **Efectos en el mercado:** Seleccionar a la clientela de un centro de diversión por la identidad de género del público asistente, genera un impacto negativo en la sociedad y en el resto de potenciales consumidores. Además, genera un daño en la credibilidad y confianza en el sistema, lo cual resulta inadmisibles en una economía social de mercado, donde la dignidad es el fin supremo.

 36

LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas. Al graduar la sanción, el Indecopi 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.
- (...)

33

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 | Fax: 224 0348

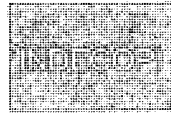
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe | Web: www.indecopi.gob.pe



(iii) **Agravante:** Su defensa no había estado guiada por la buena fe procedimental por haber señalado que el costo de la entrada ascendía a S/. 200,00 cuando el costo real era S/. 50,00.

86. En su apelación, Gótica cuestionó la multa impuesta señalando, con relación al daño resultante y naturaleza del perjuicio ocasionado, que no se encontraba acreditado que enviaron mensajes insultando a la parte denunciante. Sobre el particular, se ha constatado que en este extremo de la graduación, la Comisión no señaló que la denunciada había enviado mensajes ofensivos a la parte denunciante, de allí que no corresponde valorar dicho alegato.
87. Asimismo, la denunciada indicó que no era cierto que su defensa no había estado guiada por la buena fe procedimental, toda vez que durante el procedimiento el precio de entrada a la discoteca no fue materia de análisis profundo durante el procedimiento. Al respecto, cabe indicar que dicho alegato corresponde a un argumento que ha sido desvirtuado en el análisis de fondo de la presente resolución, indicándose que la alegada información irregular brindada a la parte denunciante por el personal de seguridad de Gótica, se desprendía de los hechos difundidos por el programa La Noche es Mía, de los términos de la denuncia presentada, así como de los medios probatorios presentados por la parte denunciante, los cuales fueron puestos en conocimiento de Gótica por la Secretaría Técnica durante la tramitación del procedimiento, de allí que tuvo la oportunidad y efectivamente ejerció su derecho de defensa como puede apreciarse de los términos de sus descargos.
88. Esta Sala coincide con los criterios aplicados por la Comisión; no obstante, discrepa de la decisión de imponer una multa de 100 UIT, pues aun cuando se produjo una afectación al derecho fundamental a no ser discriminado que da cuenta de una infracción grave en el presente procedimiento, se verificó la discriminación en un caso individual, siendo que no se han constatado prácticas discriminatorias que afecten intereses colectivos o difusos o un daño a la salud, la vida o integridad de una persona, circunstancias que eventualmente hubieran justificado una multa de esa magnitud.
89. Aunado a lo anterior debe tenerse en cuenta, en atención al *principio de predictibilidad* que rige los procedimientos administrativos³⁷, que en recientes

³⁷ 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:



pronunciamientos de la Sala en materia de discriminación, se sancionó a las empresas denunciadas con multas de 45 UIT (Resolución 2135-2012/SC2-INDECOP emitida el 11 de julio de 2012, en el marco del procedimiento iniciado por el señor Miguel Ángel Céliz Ocampo contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.³⁸ y Resolución 854-2014/SPC-INDECOP emitida el 13 de marzo de 2014, en el marco del procedimiento iniciado de oficio contra Peruvian Air Line S.A.³⁹). Asimismo, mediante Resolución 3128-2013/SPC-INDECOP emitida el 19 de noviembre de 2013, en el marco del procedimiento iniciado por la señora Juana Elena Tueros Lara contra Asociación de Manualidades y Arte Decorativo, se sancionó a la denunciada con una multa de 51 UIT.

90. Por lo anterior, corresponde revocar la resolución recurrida en el extremo que sancionó a Gótica con una multa de 100 UIT y, reformándolo, se le impone una multa de 50 UIT.

La medida correctiva y el mandato de pago de las costas y de los costos del procedimiento

91. Finalmente, atendiendo a los argumentos anteriormente expuestos y considerando que la denunciada no ha fundamentado su apelación respecto de la pertinencia de las medidas correctivas ordenadas, ni de la procedencia del mandato de pago de las costas y de los costos del procedimiento, este Colegiado asume como propias las consideraciones de la recurrida sobre dichos extremos, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴⁰. En consecuencia, corresponde confirmar dichos extremos de la Resolución 715-2013/CC1.

(...)

1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

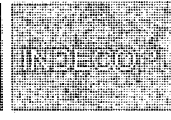
³⁸ Luego de considerar como atenuante la conducta de la aseguradora a lo largo del procedimiento.

³⁹ Se tomó en cuenta principalmente el daño ocasionado a la colectividad de usuarios cuya discapacidad es la sordomudez, al ser impedidos arbitrariamente de abordar a los vuelos contratados, sin que mediaran causas razonables ni objetivas que justifiquen tal decisión. Se agregó que, el considerar que una persona sordomuda no podía valerse por sí misma o que no era autosuficiente, sin que mediara ningún análisis previo, implicaba que un sector de la población vea vulnerado sus derechos a la igualdad de trato y a la no discriminación.

⁴⁰ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 6º.- Motivación del Acto Administrativo.**

(...)

6.2 Puede motivarse mediante 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. (...)



Remisión de los actuados al Ministerio Público

92. Tomando en cuenta que en el presente procedimiento se ha constatado que se discriminó a la parte denunciante debido a su condición de transgénero, esta Sala considera pertinente remitir copia de los principales actuados del expediente al Ministerio Público para que, de considerarlo necesario y en atención a sus facultades establecidas en el artículo 159º de la Constitución Política del Perú, inicie las investigaciones pertinentes sobre el particular⁴¹.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Resolución 715-2013/CC1 del 31 de julio de 2013, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1, que halló responsable a Gothic Entertainment S.A. por infracción de los artículos 1º.1, literal d), 38º.1 y 38º.3 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que condicionó el ingreso del señor Godfrey Arbulú Grippa a la Discoteca Gótica, al pago de una suma mayor a la requerida para la generalidad de los consumidores, debido a su condición de transgénero, incurriendo así en el tipo infractor de discriminación en el consumo.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 715-2013/CC1 en el extremo que ordenó como medidas correctivas que Gothic Entertainment S.A.: (a) en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contado a partir de notificada la resolución, remita una carta a la parte denunciante mediante la cual le ofrezca una disculpa por el trato discriminatorio brindado y que, por un lapso de seis (6) meses, publique un aviso en su página web y coloque un aviso visible para todos los consumidores en la entrada de la Discoteca Gótica con el texto: *“Gothic Entertainment S.A. informa al público en general que en la Discoteca Gótica se encuentran prohibidas todas las prácticas discriminatorias a consumidores por cualquier motivo, incluyendo distinciones injustificadas por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, opción sexual o cualquier otro motivo”*; (b) en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles contado a partir de notificada la resolución,

⁴¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 159º.- Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.



capacite a todo su personal para que se eviten conductas discriminatorias similares a la verificada en el presente procedimiento, debiendo acreditar dicha capacitación ante la Secretaría Técnica; y, (c) se abstenga de realizar prácticas discriminatorias de cualquier índole que impliquen una vulneración a los derechos de los consumidores.

TERCERO: Revocar la Resolución 715-2013/CC1 en el extremo que sancionó a Gothic Entertainment S.A. con una multa de 100 UIT y, reformándolo, se le impone una multa de 50 UIT.

CUARTO: Confirmar la Resolución 715-2013/CC1 en el extremo referido al mandato de pago de las costas y los costos del procedimiento.

QUINTO: Remitir copia de los principales actuados del expediente al Ministerio Público para que, de considerarlo necesario, inicie las investigaciones pertinentes sobre la conducta constatada en el presente procedimiento.

Con la intervención de los señores vocales Julio Baltazar Durand Carrión, Alejandro José Rospigliosi Vega y Javier Francisco Zúñiga Quevedo.




JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN
Vicepresidente



El voto singular de la vocal Ana Asunción Ampuero Miranda es el siguiente:

Si bien la vocal que suscribe el presente voto se encuentra de acuerdo con lo resuelto en la presente resolución, considero necesario dejar constancia de que el marco legal nacional y supranacional sobre la discriminación que ha sido desarrollado en los numerales 20 a 34, la jurisprudencia comparada a la que se ha hecho referencia en los numerales 44 a 48, así como también los numerales 70 y 71 que aluden a lo anterior, no inciden en la decisión de hallar responsable a Gótica por haber incurrido en el tipo de discriminación en el consumo (contenido en el artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor), ya que la decisión se sustenta en las pruebas que evidencian que se condicionó el ingreso del señor Godfrey Arbulú Grippa a la Discoteca Gótica al pago de una suma mayor a la requerida para la generalidad de los consumidores sin que haya mediado una razón justificada para ello.

En tal sentido, no suscribo los referidos considerandos, debiendo resaltar que aun prescindiendo de los mismos en la fundamentación de la presente resolución, la decisión adoptada es la misma desde una perspectiva del derecho de protección al consumidor, perspectiva de análisis que compete a esta Sala de Protección al Consumidor¹.


ANA ASUNCIÓN AMPUERO MIRANDA

¹ Al respecto, se puede revisar el análisis efectuado en las resoluciones en materia de discriminación que la Sala ha emitido, tales como Resolución 3444-2012/SPC-INDECOPI y Resolución N° 0688-2014/SPC-INDECOPI.