

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Informe Jurídico sobre la Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogada

Autor

Xiomara Andrea León Rojas

Asesor

Enrique Rosendo Bardales Mendoza

Lima, 2021

Este trabajo está dedicado a mis padres, mi hermano y a quienes me acompañaron en este viaje del derecho e hicieron más llevadera la experiencia.



Resumen

El presente informe jurídico analizará la Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI, el cual versa sobre un trato discriminatorio que sufrieron los señores Diego Andre Estrada Medina y Gonzalo Daniel Cáceres Bartra quienes al encontrarse en el bus de transporte de la empresa Tepsa se vieron incitados a separarse a consecuencias de algunas muestras de cariño que tuvieron como cualquier pareja. Dicho hecho estaría vulnerando el artículo N° 38 de la Ley N° 29571, configurándose así una infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor.

La finalidad de este informe es evaluar si efectivamente Tepsa cometió un acto de discriminación en perjuicio de los señores Diego Andre Estrada Medina y Gonzalo Daniel Cáceres Bartra. Y para ello, el presente informe contará con una cuestión previa si es que INDECOPI es la vía adecuada para analizar este tipo de casos en donde se involucran derechos humanos; de igual manera, evaluaremos que derechos están involucrados en el caso; un marco teórico que permitirá explicar el concepto de la discriminación en el consumo. Asimismo, se analizará si la solicitud efectuada realmente es un acto de discriminación o si es parte de la libertad de la empresa solicitarles que se separen y se revisará la carga probatoria presentada en el caso a fin de ver si se configura el acto de discriminación. Luego, revisaremos si es o no responsable Tepsa. de los actos efectuados por su trabajador el Terramozo y si Sala realizó un correcto análisis de las medidas correctivas dictadas. Finalmente, se plantearán las conclusiones del caso y las recomendaciones para complementar futuros razonamientos de la Sala

Palabras clave: Discriminación en el consumo, procedimiento administrativo sancionador, consumidor.

Abstract

This legal report will analyze the Resolution N° 1571-2021 / SPC-INDECOPI, which deals with a discriminatory treatment suffered by Diego Andre Estrada Medina and Gonzalo Daniel Cáceres Bartra, those who when they were on the Tepsa company transport bus, were encouraged to separate as a result of some expressions of affection that they had like any

other couple. Saying that Tepsa would be violating Article N ° 38 of Law N ° 29571, thus constituting an infringement of the Consumer Protection and Defense Code.

The purpose of this report is to determine if Tepsa actually committed an act of discrimination to the detriment of Messrs. Diego Andre Estrada Medina and Gonzalo Daniel Cáceres Bartra. And for this, this report will have a preliminary question whether INDECOPI is the appropriate way to analyze this type of cases where human rights are involved; in the same way, we will evaluate what rights are involved in the case; a theoretical framework that will explain the concept of discrimination in consumption. Likewise, it will be analyzed if the request made is really an act of discrimination or if it is part of the freedom of the company to ask them to separate and the burden of proof presented in the case will be reviewed in order to see if the act of discrimination is configured. Then, we will review whether or not Tepsa of the acts carried out by his worker, the Terramozo, and whether the Sala carried out a correct analysis of the corrective measures issued. Finally, the conclusions of the case and the recommendations to complement future reasoning of the Sala will be presented.

Key words: Discrimination on the consumption, administrative sanctioning procedure, consumer.

Índice

1. Introducción	(3)
2. Justificación de la elección de la resolución.....	(4)
3. Antecedentes, Hechos y Resolución sobre los que versa la controversia de la Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI y todas sus instancias.....	(7)
3.1. Expediente N° 0010-2020/CC2 LIM SUR N° 2: Denuncia realizada por Diego Estrada Medina y Gonzalo Cáceres Bartra.....	(7)
3.1.1. Petitorio de los denunciantes.....	(9)
3.1.2. Medios probatorios presentados por los denunciantes.....	(9)
3.2. Descargos de Transportes El Pino S.A.C.....	(10)
3.3. Documentos presentados de manera posterior a sus descargos por las partes.....	(11)
3.4. Posición de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2.....	(13)
3.5. Apelación de Transportes El Pino S.A.C. respecto a la Resolución N° 1788-2020/CC2.....	(14)
3.6. Apelación de los señores Estrada y Cáceres respecto a la Resolución N° 1788- 2020/CC2.....	(15)
3.7. Posición de la Sala Especializada en Protección al Consumidor.....	(17)
4. Identificación de los principales problemas jurídicos.....	(21)
5. Análisis y posición fundamentada sobre los problemas de la Resolución	
5.1. ¿Fue Indecopi la vía correcta para salvaguardar el derecho de los denunciantes? ¿Podrían haber acudido por medio de otra vía?.....	(21)
5.1.1. Análisis Constitucional de los derechos involucrados en el caso.....	(23)
5.1.1.1. ¿Qué es el derecho a la dignidad?.....	(25)

5.1.1.2.	¿Cómo debe ser entendido el derecho a la igualdad?.....	(26)
5.1.1.3.	¿Cuál es la diferencia entre derecho a la Igualdad y el derecho a la no discriminación en el consumo?.....	(28)
5.1.1.4.	¿Qué es el Derecho a la Identidad de género?.....	(31)
5.1.1.5.	¿Qué es la Discriminación de Género y cómo debe ser entendida?.....	(33)
5.2.	¿Transportes El Pino S.A.C. cometió un acto discriminatorio al pedirle a los señores Estrada y Cáceres que se separen dentro del bus?.....	(34)
5.2.1.	¿Qué es un acto discriminatorio y qué tipos de discriminación hay?.....	(34)
5.2.2.	¿La decisión de Transportes El Pino S.A.C se puede considerar como un acto de libertad empresarial?.....	(39)
5.2.3.	¿Cómo debe ser analizada la carga probatoria en las prácticas discriminatorias en el consumo?.....	(44)
5.3.	Debido a que la conducta sancionadora se materializó a través del Terramozo, ¿Es o no responsable Transportes El Pino S.A.C. de los actos efectuados por su trabajador?.....	(49)
5.4.	¿Se realizó un correcto análisis de las medidas correctivas resueltas por la Sala?.....	(52)
6.	Conclusiones.....	(60)
7.	Recomendaciones.....	(61)
8.	Referencias Bibliográficas.....	(62)

1. Introducción

“Uno de los instrumentos con los que cuenta el Estado Peruano para combatir la discriminación es la legislación de protección al consumidor. Así, la Ley 25971, Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, prohíbe expresamente a las empresas discriminar a los consumidores por motivo de “origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, precisando que todo trato diferente a los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables (art. 38).” (DELGADO CAPCHA: pág.8)

Algunos de los casos de discriminación dentro de la relación de consumo como infracción administrativa suelen ser casos que siempre generan controversia dentro de la sociedad ya que suelen imponerse multas bastante altas a fin de desincentivar dichas conductas por parte de los proveedores al momento de brindar su servicio u ofrecer su producto. Como sabemos esta es una conducta condenable por la sociedad pero que sin embargo aún se ejerce en varias situaciones cotidianas. Asimismo, un grupo que suele verse afectado por estas conductas en su mayoría es la comunidad LGTBI+. La “II Encuesta Nacional de Derechos Humanos” reveló que el 71% de las persona de la comunidad LGTBIQ+ son discriminadas, ocupando el primer puesto en comparación de los demás grupos que sufren de discriminación (Ministerio de Justicia, 2019, p. 20). Si bien se las normativa legal ha buscado proteger el derecho a la igualdad y dignidad de las personas es claro que aún hay un largo camino por recorrer y trabajar tanto por parte del Estado como por parte de la sociedad.

Un ejemplo, de cómo el Estado aun indirectamente comete este tipo de actos se evidenció el año pasado cuando estando en medio de una crisis económica y sanitaria originada a por la pandemia a causa del coronavirus (COVID-19) decidió tomar una medida que vulneraba los derechos de la comunidad LGTBI+. Mediante la promulgación del Decreto Supremo N° 057-2020-PCM (posteriormente derogado por el Decreto Supremo N° 064-2020-PCM) se ordenó la inmovilización social obligatoria a razón del género de las personas: hombre y mujeres. En ese sentido, se promulgó que en determinados días de la semana solo podían salir los hombres y en los otros días de la semana restante podían salir las mujeres. Si bien esta medida buscaba evitar la

aglomeración de las personas lo único que genero fue una debida aglomeración en los días de las mujeres y un claro ejemplo de discriminación hacia las personas transgénero.

Por lo tanto, con el presente informe buscaremos explicar la importancia de reconocer que derechos se encuentran involucrados cuando suceden actos de discriminación. Asimismo, que normativa es la que puede protegernos y por la que nos encontramos amparados. Asimismo, repasaremos los hechos sucedidos en la Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI el cual versa sobre la materia de discriminación en el consumo hacia los señores Estrada y Cáceres al momento de ser trasladados por Tepsa hacia Máncora. Ello, con el fin de dilucidar si es que se han cometido actos de discriminación o no frente a los señores Estrada y Cáceres. Frente a ello, evaluaremos si es que se dio un acto de discriminación o un trato diferenciado ilícito, si es que el trato diferenciado se dio sin una justificación razonable ni causa objetiva y si hubo de por medio un motivo prohibido o no. Finalmente, se evaluarán las medidas correctivas y si estas fueron asignadas correctamente o no. Por último, se señalarán las conclusiones del informe jurídico, acompañándolo de unas breves recomendaciones.

2. Justificación de la elección de la Resolución

En la actualidad los actos de discriminación son hechos de nuestro día a día y nuestra sociedad mantiene vigente estos actos porque en su mayoría han sido normalizados. Sin embargo considero que hoy en día mucho más gente está tratando de concientizar que dichos hechos deben cambiar y rechazarse. Prueba de ello, son los múltiples casos que han sido rechazados en nuestra sociedad como por ejemplo: El caso de Vania torres Olivieri¹, quien apareció en sus redes sociales caracterizada como una mujer andina utilizando una técnica de maquillaje denominada como brownface, es decir que personas se maquillan la cara negra, marrón o amarilla para retratar características físicas que no son las de ellos. En el caso de la influencer al encontrarse maquillada, dando un aspecto de que las personas andinas tienen la cara sucia, quiso probar que el producto de su auspiciador Bioderma funcionaba eficazmente y procedió a desmaquillarse. Muchas personas vieron este hecho como un acto que reforzaba la discriminación, incluso “la Plataforma Alerta Racismo, del Ministerio de Cultura,

¹ Influencer y deportista peruana de 25 años. Quien cuenta con 56,7 mil seguidores en sus redes sociales y trabaja con varias marcas que la auspician.

también se pronunció en contra de este contenido publicitario, para el cual, señalan, se utilizó la técnica "brownface" que refuerza imaginarios sociales a través de la caricaturización de las mujeres indígenas, que parte de una construcción racializada relacionada a su origen andino. "Esta caracterización reproduce una serie de estereotipos relacionados con las mujeres andinas, lo que tiene un impacto negativo en su percepción e influye en la creación de imaginarios que afectan sus dinámicas sociales (acceso al trabajo, educación, salud, etc.)", añadió la plataforma en su cuenta de Twitter."² Debido a este hecho el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) abrió una investigación de oficio por el presunto acto de discriminación cometido por Vania Torres Olivieri en un contenido publicitario difundido en sus redes sociales.

A mí en lo particular, me hace pensar como determinadas personas se pueden ver afectadas aún por creencias o estereotipos vigentes en la sociedad. Considero que un sector de los más afectados por actos de discriminación es la comunidad LGTBIQ+ quienes suelen verse limitados del pleno uso de sus derechos a consecuencia de prejuicios, estereotipos y estigmas, construidos por una sociedad bastante atrasada en su forma de pensar. A consecuencia de estos hechos, ellos son un grupo vulnerable y con el riesgo de sufrir actos de discriminación, exclusión y negación de derechos. (Defensoría del Pueblo, 2018).

Esta situación se ve plasmada en varios informes sobre los derechos humanos de las personas de la comunidad LGTBI+, tanto internacional como nacional, donde queda manifestado bajo estadísticas que las personas pertenecientes a este grupo vulnerable suelen tener vulneraciones a sus derechos como persona y suelen sufrir agresiones o discriminación por su orientación sexual.

Asimismo, IPSOS PERÚ realizó una encuesta a un total de 3312 personas entre hombres y mujeres mayores de 18 años dentro de áreas urbanas y rurales durante las fechas del 07 al 25 de noviembre de 2019. De dicha encuesta se pudo sacar que del total

² Página Periodística RPP noticias. (15 de agosto de 2020). Consulta: 24 de septiembre de 2021: <https://rpp.pe/peru/actualidad/vania-torres-indecopi-abre-investigacion-por-presunto-acto-de-racismo-en-publicidad-de-deportista-noticia-1286744?ref=rpp>

de encuestados un 71% considera que las personas homosexuales, bisexuales y transexuales son las más discriminadas dentro de nuestra sociedad. (2019, p. 6)

De acuerdo a las estadísticas mencionadas previamente, llego a la conclusión de que la comunidad LGBTI+ son un grupo de personas que ven vulnerados sus derechos en situaciones de su día a día, los cuales desarrollaremos más adelante. Lo que me llega a evaluar si ello se ve reflejado en la relación de consumo con agentes económicos que consumen en su día a día. Como sabemos, todo acto de discriminación en la relación de consumo que ocurra sin una justificación razonable ni causa objetiva, está prohibido en nuestra legislación nacional, siendo INDECOPI el responsable de proteger a los consumidores haciendo valer sus derechos dentro de la relación de consumo en el mercado.

Es por ello, que me vi motivada a escoger la presente Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI ya que es uno de los pocos casos en los que las personas de la comunidad LGBTI+ buscan exteriorizar el acto de discriminación que han sufrido sin temor o miedo a ser juzgados. Asimismo, la búsqueda de justicia con sus principios y objetivos bien definidos por los hechos sucedidos aun cuando sabemos que nuestro sistema jurídico no siempre cuenta con los mecanismos de protección adecuados. Al ser este un caso que fue viral por medio de videos y generó mucha controversia me causo la necesidad de seguirlo de cerca y ver como resolvía el caso INDECOPI.

Considero que mediante la presente resolución puedo aprender mucho más sobre temas de género que no suelen ser explicados o detallados en aulas de clases; sobre temas de discriminación que a estas alturas nuestra sociedad debería ya haber eliminado de nuestras conductas. Finalmente, me importa entender como desde INDECOPI se puede proteger el derecho de los consumidores sin distinción alguna, sobre todo los de la comunidad LGBTI+, y como mediante las resoluciones que emite pueden respaldar y ayudar a eliminar prácticas discriminatorias en la relación de consumo bajo cualquier aspecto o motivo como lo podría ser la orientación sexual.

3. Hechos y antecedentes de la Resolución N° 1197-2014/SPC-INDECOPI

El presente trabajo versará sobre la Resolución N° 1197-2014/SPC-INDECOPI que se encuentra dentro del Expediente N° 0010-2020/CC2, mediante la cual los señores Diego Andre Estrada Medina y Gonzalo Daniel Cáceres Bartra (en adelante, los denunciantes) decidieron llevar a cabo un proceso ante INDECOPI debido a los hechos suscitados dentro de un bus de propiedad de Transportes El Pino S.A.C. (en adelante Tepsa) que los trasladaba a Máncora para sus vacaciones.

En ese sentido, procederemos a realizar una descripción de los hechos relevantes y los argumentos dados por cada uno de los intervinientes dentro del proceso administrativo. Es decir, lo mencionado por los denunciantes, la denunciada, la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 en primera instancia, así como, lo resuelto por la Sala Especializada en Protección al Consumidor a consecuencia de las apelaciones de las partes.

Con dichos sucesos claros y teniendo en cuenta todo lo desarrollado durante el procedimiento, analizaremos los hechos jurídicos relevantes del caso en el subsiguiente capítulo de este informe jurídico.

3.1. Expediente N° 0010-2020/CC2 LIM SUR: Denuncia realizada por Diego Estrada Medina y Gonzalo Cáceres Bartra

Con fecha 13 de agosto del 2019, los denunciantes tomaron un bus de la empresa Tepsa desde Lima con rumbo a Máncora, Piura. Durante el viaje, utilizaron los beneficios de entretenimiento ofrecidos por la empresa por lo que vieron una película abrazados, posteriormente optaron por dormir debido a que ya era algo tarde y, a modos de despedida, procedieron a darse unos besos para proceder a descansar.

Sin embargo, minutos después de despedirse se acercó el Terramozo del bus para pedirles que se separen mencionándoles que los otros pasajeros se encontraban incómodos por sus muestras de cariño y que debían ocultar dichas muestras porque se encontraban en presencia de menores de edad. Asimismo, les mencionó que el conductor del bus había solicitado su separación debido a que los había visto por medio de las cámaras del bus. A consecuencia de la negatividad de los denunciantes de separarse ya que consideraban que no estaban haciendo nada malo, el Terramozo los amenazó con bajarlos del bus y dejarlos en plena carretera.

Mientras se suscitaban dichos hechos, el señor Cáceres quiso hablar con el conductor pero fue empujado por el Terramozo. Luego, siguió el hostigamiento hacia los denunciante manifestándoles que solo cumplía con su trabajo al pedirles que se separen; debido a que los hechos no cesaban los denunciante optaron por empezar a grabar lo sucedido con sus teléfonos celulares y enviárselos a sus conocidos y familiares.

Los videos realizados se viralizaron rápidamente llegando a manos de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (en adelante, Sutran) e INDECOPI. Ellos, se comunicaron con los denunciante a fin de conocer lo que estaba sucediendo en el bus y para cerciorarse que se encontraban bien. Finalmente, les recomendaron presentar una denuncia por lo ocurrido al llegar a Máncora y Sutran le brindó el número telefónico del gerente de Tepsa.

A consecuencia de lo recomendado, los denunciante decidieron comunicarse con el gerente y contarles lo ocurrido; éste les mencionó que hablaría con el conductor a fin de que se dirigiera a la comisaría más cercana y puedan resolver lo sucedido. Cerca de la medianoche, se detuvieron en la comisaría de Casma a fin de poder interponer una denuncia pero, a pesar de ello, fue el conductor, el Terramozo y 2 pasajeros adicionales quienes decidieron presentar una denuncia contra los denunciante por las muestras de cariño dadas en el bus. A pesar de querer interponer su denuncia, los demás pasajeros se quejaron por las demoras y tuvieron que regresar al bus sin interponer la denuncia.

Luego, un policía intervino en bus unos minutos después y los dirigieron hacia la comisaría de Virú. Una vez allí, les dijeron que el proceso para la interposición de su denuncia podría demorar hasta 6 horas y, debido a las quejas nuevamente de los demás pasajeros, optaron solo por firmar un acta de ocurrencia policial con los hechos y represar al bus. Cuando llegaron a Máncora, los denunciante decidieron interponer un Reclamo en el Libro de Reclamaciones de Tepsa mediante el cual requirieron lo siguiente:

- Que se comunicaran con ellos y les pidieran disculpas;
- Que se les reembolsara el costo del pasaje;
- Que se colocaran anuncios dentro del bus contra la discriminación;

- Que se organizaran cuatro talleres en distintas fechas sobre la diversidad de género para los terramozos.

Finalmente, con fecha 19 de agosto de 2019 Tepsa respondió al reclamo presentado negando los hechos de discriminación y que tomarían en cuenta los su sugerencia de los talleres. Después de ello no hubo mayor comunicación por parte de Tepsa, por lo que los denunciante decidieron interponer una denuncia contra ellos ante INDECOPI.

3.1.1. Petitorio de los denunciante

Los denunciante al interponer su denuncia no colocaron petitorios explícitos. Sin embargo, de su denuncia se infiere que desean solicitar a la Comisión que se ordene a Tepsa a cumplir con lo siguiente:

- Que se comunicaran con ellos y les pidieran disculpas;
- Que se les reembolsara el costo del pasaje;
- Que se colocaran anuncios dentro del bus contra la discriminación;
- Que se organizaran cuatro talleres en distintas fechas sobre la diversidad de género para los terramozos.

Es decir, buscan como medidas correctivas que se cumpla con lo solicitado en el Reclamo N° 0000007 interpuesto en el Libro de Reclamaciones. Por lo tanto, con fecha 10 de febrero de 2020 mediante la Resolución N° 2 la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 admitió a trámite su denuncia contra Tepsa por los siguientes cargos:

- Presunta infracción del artículo N° 38 del Código, debido a que el personal de Tepsa habría discriminado a los denunciante a consecuencia de su orientación sexual en el viaje a Máncora
- Presunta infracción al artículo N° 150 del Código, en concordancia con el artículo 4° del Reglamento del Libro de Reclamaciones, ya que Tepsa no se habría pronunciado sobre todos los puntos del petitorio del Reclamo N° 0000007 interpuesto por los denunciante en el Libro de Reclamaciones de Tepsa.

3.1.2. Medios Probatorios presentados por los denunciante

Como se observa en la Resolución 1571-2021/SPC-INDECOPI, los medios probatorios presentados por los denunciante fueron los siguientes:

1. CD que contenía 3 video de la conversación sostenida con el Terramozo, con el pasajero Flores y con la pasajera Blanco.

2. Reclamo interpuesto contra Tepsa en su libro de reclamaciones, Reclamo N° 0000007.

3.2.Descargos de Transportes El Pino S.A.C.

Una vez notificados con la Resolución N° 2 del Expediente N° 0010-2020/CC2 con la imputación por la presunta infracción a los artículos 38 y 150 del Código, Tepsa presentó sus descargos señalando los siguientes argumentos:

En primer lugar, Tepsa negó que hayan discriminado a los denunciantes ya que el Terramozo únicamente se habría limitado a trasladar la incomodidad de los demás pasajeros y ello no tenía relación con su orientación social.

En segundo lugar, de los medios probatorios presentados no se desprende que el Terramozo haya solicitado la separación a causa de su orientación social. Asimismo, que en ninguna parte se escuchaba al Terramozo hacer referencia a su orientación sexual sino que por el contrario quienes decían eso eran los denunciantes.

En tercer lugar, que el Terramozo les solicitó la separación debido a que las muestras de cariño que tenían los denunciantes eran excesivas provocando la incomodidad de los pasajeros. De igual manera, mencionaron que ellos no podían hacerse responsables por comentarios de otros pasajeros, sobre todo los del señor Flores y la señora Blanco. Además, indicaron que las parejas que demostraban excesivas muestras de afecto podían causar incomodidad en los demás pasajeros, ello independientemente de su orientación sexual.

En cuarto lugar, mencionaron que en la Resolución 0665-2006/TDC-INDECOPI la Sala Especializada habría aceptado que resultaba válido reprimir manifestaciones de parejas siempre que estas no se encuentren acorde con el carácter público del establecimiento y la intimidad.

En quinto lugar, manifestaron que en la comisaría de Virú el conductor se acercó a fin de cumplir con los protocolos de seguridad brindados por la empresa y no porque tenga la intención de perjudicar a los denunciantes con su testimonio e interponer una denuncia.

En sexto lugar, indicaron que con fecha 16 de agosto se le envió el Memorandum N° 539-2019-DPTO-RRHH al Terramozo mediante el cual le dieron a conocer la suspensión por un día laboral al mismo como sanción por haber permitido que la situación dada en el bus se desbordara.

Finalmente, Tepsa negó que no hayan respondido el Reclamo N° 0000007 y que si bien no respondió cada una de las solicitudes del reclamo, ello no podría calificar como un incumplimiento a la norma y que no se haya pronunciado al respecto.

3.3.Documentos presentados de manera posterior a sus descargos por las partes.

Mediante la Resolución N° 4 emitida el 07 de octubre de 2020, se dejó sin efecto la audiencia de conciliación a consecuencia del estado de emergencia. Asimismo, con fecha 12 de octubre de 2020 los denunciados presentaron un escrito mediante el cual respondían los descargos presentados por Tepsa mediante el cual manifestaron lo siguiente:

- (i) Los denunciados no se encontraban dispuestos a conciliar ya que consideraban que se ha vulnerado un derecho fundamental.
- (ii) La Resolución N° 0665-2006/TDC-INDECOPI citada por Tepsa ya ha sido modificada por la Sala en la última década. Ya que esta fue reclamada internacionalmente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- (iii) Asimismo, al mencionar el Memorandum N° 539-2019-DPTO-RRHH interpuesto al Terramozo demuestra que la empresa consideraba que hubo un trato discriminatorio por parte de su trabajador y que ello calificaba como una falta laboral.
- (iv) Finalmente, citaron la Resolución N° 1112-2020/SPC-INDECOPI de fecha del 22 de julio de 2020 la cual fue emitida por la Sala en la que se estableció que las empresas debían adoptar medidas concretas e inmediatas para proteger a los consumidores contra la discriminación por orientación sexual.

De igual manera, con fecha 14 de octubre de 2020 Tepsa presentó un escrito mediante el cual manifestaba su voluntad para poder conciliar el caso, proponiendo lo siguiente:

- (i) Se comprometían a contratar a los denunciantes para que puedan brindar una capacitación a sus trabajadores sobre el manejo de situaciones similares a las ocurridas en el bus de su empresa. Esta tendría una remuneración de S/. 2 000.00 para los denunciantes y se dictaría en la segunda mitad del año 2021.
- (ii) Finalmente, se ofrecieron a otorgarles a los denunciantes 5 boletos de viaje (ida y vuelta) hacía cualquier destino del Perú para que puedan ser utilizados hasta el 31 de diciembre de 2021.

Mediante la Resolución N° 5 de fecha 29 de octubre de 2020, la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 amplió los cargos contra Tepsa, agregando una nueva imputación contra ellos por presunta infracción al artículo N° 24 del Código en tanto no se habrían pronunciado sobre todos los puntos colocados en el Reclamo N° 0000007 interpuesto por los denunciantes en el Libro de Reclamaciones de Tepsa.

A consecuencia de la ampliación de cargos, con fecha 09 de noviembre de 2020 Tepsa presentó un nuevo escrito mencionado lo siguiente:

- (i) Se estaría vulnerando el Principio del Non Bis In Ídem; en tanto estarían imputando por segunda vez una misma conducta infractora relacionada al Reclamo N° 0000007 interpuesto por los denunciantes en el Libro de Reclamaciones de Tepsa.
- (ii) Asimismo, mencionan que ellos si cumplieron con brindar respuesta al reclamo de los denunciantes. En la cual, se negaba la conducta discriminatoria por parte del Terramozo.
- (iii) Finalmente, mencionaron que sus trabajadores se encuentran debidamente capacitados para manejar las situaciones de discriminación y acoso que puedan presentarse en el viaje.

Con fecha 01 de diciembre de 2020, los denunciantes presentaron un escrito mediante el cual rechazaban la propuesta de Tepsa presentada el 14 de octubre de 2020 con la intención de conciliar.

Finalmente, Tepsa presentó un escrito de descargos con fecha 16 de diciembre de 2020 mediante la cual indicó que:

- (i) La autoridad competente debe tomar en consideración su intención de conciliar durante el procedimiento.
- (ii) Que no se habrían indicado los nuevos pronunciamientos de la Sala respecto a los casos de discriminación.
- (iii) Finalmente, indicaron que la sanción interpuesta a su trabajador (Terramozo) no fue porque consideraran que haya cometido un acto discriminatorio hacia los denunciantes sino a consecuencia de la falta de cumplimiento de los protocolos de la empresa para situaciones similares y permitir que la situación se desborde.

Con toda la información previamente mencionada, la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 decidió emitir un pronunciamiento a fin de poder resolver el caso.

3.4. Posición de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2

Mediante la Resolución N° 1788-2020/CC2 de fecha 17 de diciembre de 2020, la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 (en adelante, la Comisión) decidió lo siguiente:

- (i) En primer lugar, respecto a las imputaciones por la presunta infracción a los artículos N° 150 y 24° del Código decidieron que solo analizarían la infracción bajo la presunta infracción al código 24°.
- (ii) **Respecto a la presunta infracción del artículo N° 24 del Código**, la Comisión declaró **improcedente**, por falta de interés para obrar, la denuncia ya que consideró que Tepsa si se había pronunciado respecto del Reclamo N° 0000007 interpuesto por los denunciantes en el Libro de Reclamaciones de Tepsa y ello había sido acreditado incluso por los denunciantes.
- (iii) **Respecto a la presunta infracción del artículo N° 38 del Código**, la Comisión declaró **fundada** la denuncia ya que se había acreditado que Tepsa discriminó a los denunciantes por su orientación sexual durante su viaje con destino a Máncora, ello a consecuencia de los videos presentados.
- (iv) La Comisión ordenó como medida correctiva complementaria que en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la resolución, cumplan con brindar una capacitación a sus

trabajadores, a fin de que tomara conciencia y cesen las prácticas discriminatorias en contra de sus pasajeros.

- (v) Sancionó a Tepsa con una multa de 3 UIT.
- (vi) Ordenó el reembolso de los pagos de costas (36 soles) y costos del procedimiento.
- (vii) Finalmente, inscribió a Tepsa en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

3.5. Apelación de Transportes El Pino S.A.C. respecto a la Resolución N° 1788-2020/CC2

Con fecha 20 de enero de 2021, Tepsa presentó un recurso impugnatorio de apelación de la Resolución N° 1788-2020/CC2, argumentando lo siguiente:

- (i) Respecto a la presunta infracción del artículo N° 38 del Código que se declaró fundada, mencionaron que la Comisión únicamente había valorado los videos aportados por los denunciantes y que en los mismos nunca se apreciaba que el Terramozo solicitaba a los denunciantes separarse por su orientación sexual. Que más bien eran los denunciantes quienes afirmaban dicho supuesto y buscaban que Terramozo responda afirmativamente a ello. En ese sentido, los videos solo acreditaban que los denunciantes se sintieron discriminados al pedirles que se separen porque asumieron que fue debido a su orientación sexual.
- (ii) Asimismo, el Terramozo únicamente transmitió la solicitud de los demás pasajeros. Es por ello que la Comisión no determina con que frase es que el Terramozo afecta a los denunciantes.
- (iii) También mencionaron que para ellos era difícil acreditar o probar que ese tipo de solicitudes se las hacen a cualquier pareja que tuviera demostraciones de cariño de manera exagerada dentro del bus, independientemente de su orientación sexual. Ello, lo hacen en defensa de los menores de edad que son personas indefensas y sensibles y que no pueden presenciar este tipo de hechos.
- (iv) De igual manera, indicaron que la Resolución N° 0665-2006/TDC-INDECOPI, la Sala determinó que existían algunas prohibiciones de conductas inadecuadas

que no constituían actos de discriminación y este era uno de esos supuestos por lo que no ameritaba se declaré fundada la denuncia.

- (v) Finalmente, mencionaron que para ellos era difícil tener medios probatorios de que los denunciados se encontraban dándose muestras de afecto de manera exagerada ya que implicaría que se les esté grabando dentro del bus y ello se encuentra prohibido.

3.6. Apelación de los señores Estrada y Cáceres respecto a la Resolución N° 1788-2020/CC2

De la misma manera, con fecha 25 enero de 2021 los denunciados presentaron un recurso impugnatorio de apelación de la Resolución N° 1788-2020/CC2 indicando lo siguiente:

- (i) Respecto de la medida correctiva impuesta por la Comisión, los denunciados señalan que únicamente dieron una medida correctiva complementaria como si ellos no hubiesen solicitado medidas correctivas lo cual es falso. Los denunciados alegan que ellos solicitaron que haya: un ofrecimiento de disculpas por parte del proveedor; además, la implementación de un programa de capacitación para los trabajadores de Tepsa; asimismo, la publicación de avisos contra la discriminación dentro de los buses y el reintegro del costo de los pasajes a Máncora

Por otra parte, la medida correctiva establecida por la Comisión era distinta a lo solicitado por los denunciados ya que ellos habían solicitado un programa de capacitación especializado en la discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género. Mientras que la Comisión ordenó que se realice una capacitación a sus trabajadores, a fin de que tomen conciencia y cesen las prácticas discriminatorias, que pueden ser de cualquier tipo.

Finalmente, solicitaron a la Sala que se declaré la nulidad respecto de este punto ya que la Comisión no habría cumplido con pronunciarse respecto de

todas las medidas correctivas solicitadas por los denunciantes, lo cual era necesario.

- (ii) Por otro lado, solicitaron a la Sala que era necesario que Tepsa ofrezca unas disculpas por los hechos ocurridos ya que lo sucedido implicaba una violación de los derechos humanos y habría afectado la dignidad de los denunciantes. Asimismo, este ofrecimiento debe ser público de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- (iii) Del mismo modo, indicaron que Tepsa no contaba con los avisos o anuncios que ellos esperaban ya únicamente prohibían la discriminación dentro de espacios físicos (como lo es el bus) o medios digitales. Sin embargo, los denunciantes consideraban que era necesario que los avisos digan de manera explícita que categorías de discriminación se encontraban prohibidas sobre todo la referente a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género.
- (iv) También indicaron que la Comisión había consignado erróneamente el pago de las costas ya que los denunciantes eran 2 personas por lo que correspondería pagar el concepto de costas de ambas personas por lo que debían cancelar S/. 72 y no S/. 36 como había indicado. Por lo que solicitaron la nulidad y un nuevo pronunciamiento.
- (v) Respecto a la sanción impuesta por la Comisión, los denunciantes consideraban que 3 UIT no era compatible con la gravedad del acto discriminatorio que había cometido Tepsa. Ya la Sala había emitido pronunciamientos con anterioridad en los que mencionaba que los actos discriminatorios agraviaban el interés público y derechos fundamentales y habían impuesto multas ascendentes a por lo menos 50 UIT. Por lo que los denunciantes habían solicitado la nulidad referente a este punto ya que no cumplieron realizar un correcto análisis al graduar la sanción y dicha multa no desincentivaba la conducta infractora.

Finalmente, absolviere el escrito de apelación presentado por Tepsa con fecha 12 de mayo de 2021.

Ya que ninguna de las partes se pronunció respecto sobre el extremo que se declaró improcedente por la presunta infracción del artículo N° 24 del Código, se entendió que ha quedado consentido por las partes y no amerita un pronunciamiento de la Sala.

3.7. Posición de la Sala Especializada en Protección al Consumidor.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI (en adelante, la Sala) determinó lo siguiente:

- (i) **Respecto a la presunta infracción del artículo N° 38 del Código**, mencionó que no resultaba un hecho controvertido que la presunta conducta infractora si ocurrió en el bus hacia Máncora con fecha 13 de agosto de 2019. Así como tampoco era un hecho controvertido que el Terramozo del bus le solicitó a los denunciantes que se separaran debido a las muestras de afecto que habían demostrado. El hecho controvertido era si es que dicho acto de discriminación era a consecuencia de su orientación sexual o si se encontraba justificado por causas objetivas.

De los videos presentados por los denunciantes se puede concluir que si bien el Terramozo no expresó de manera directa a los denunciantes que debían separarse con motivo de su orientación sexual, en ningún momento adopta las medidas necesarias para combatir los actos de discriminación dentro de sus espacios. Lo cual configura una omisión al artículo N° 38 del Código.

En ese sentido, si bien Tepsa no tiene responsabilidad directa por lo sucedido, si es responsable por no haber seguido los protocolos adecuados para manejar ese tipo de situaciones en lo que puedan darse hechos discriminatorios en sus instalaciones. De igual manera, no se ha evidenciado que la conducta de los denunciantes mediante sus muestras de afecto hayan podido alterar a los menores de edad más aún cuando en el bus solo viajaban 2 menores de edad cuyos asientos se encontraban mucho más delante del de los denunciantes y amparar una justificación como esa solo encubriría los prejuicios de la sociedad contra la dignidad de la persona.

Por otro lado, la Sala menciona que no amparan ningún tipo de acto contra el pudor que pueda cometer cualquier persona en un lugar público, ya que estas conductas deben ser rechazadas si es que son probadas, independientemente de la orientación sexual de los individuos sino por el simple hecho de que se debe buscar mantener una convivencia social armónica y con el orden público. Más en el caso en concreto, no pudo ser quedar acreditado lo indicado por Tepsa: que los denunciante se demostraron afecto de manera excesiva delante de los demás pasajeros del bus y el Terramozo nunca manifestó que expresiones de cariño resultaban ser excesivas. Luego, el Terramozo les pidió que se separan porque incomodaban a los demás pasajeros, quienes por los videos se pudo demostrar que hacían referencia a su orientación sexual denotando así una motivación discriminatoria en el pedido que efectuó el Terramozo.

Por lo que la Sala declaró fundada la denuncia interpuesta por infracción al artículo N° 38 del Código, en tanto quedó acreditado que Tepsa discriminó a los denunciante por su orientación sexual durante el viaje con destino a Máncora.

(ii) **Respecto de las medidas correctivas dadas la Comisión**, la Sala decidió pronunciarse por cada una de las medidas correctivas solicitadas por los denunciante.

a. Respecto de la capacitación sobre discriminación

La Sala menciona que la Comisión ordenó que Tepsa desarrolle una capacitación a sus trabajadores para que tomen conciencia y cesen las prácticas discriminatorias contra los pasajeros. Dicha capacitación cumple con el objetivo de evitar situaciones parecidas y reducir conductas discriminatorias por lo que decide **confirmar** la medida dictada por la Comisión. No obstante, la Sala considera necesario realizar algunas precisiones.

La capacitación contra la discriminación ordenada a Tepsa, debe enfocarse en el servicio de atención al cliente. Esta debe darse a todos los trabajadores (incluso directivos de la empresa) que tengan contacto directo con la atención al público. Asimismo, Tepsa debe adoptar

mecanismos internos de supervisión a través de programas, protocolos, entre otros, que coadyuven a dicho fin.

Finalmente, la capacitación debe ser efectuada por un tercero debidamente capacitado en temas de discriminación sobre todo se haga énfasis en temas de discriminación por orientación sexual a consecuencia de lo suscitado.

b. Respecto de los carteles y/o anuncios contra la discriminación

Si bien Tepsa cuenta con carteles contra la discriminación estos no resultaron suficientes para prevenir transgresiones que se cometieron contra los denunciantes. Por lo tanto la Sala considera que si es necesario ser más específico en la redacción del texto de cada cartel. Por lo tanto, la Sala ordenó que en un plazo no mayor a 15 días se cumpla con:

“Colocar de forma permanente un cartel en un lugar visible y fácilmente accesible de sus establecimientos abiertos al público, así como en sus unidades vehiculares, con el siguiente mensaje: “En este establecimiento está prohibido discriminar a cualquier consumidor por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, edad o cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Si una persona advierte que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a formular el reclamo correspondiente, así como a denunciar este hecho ante el Indecopi.” Se precisa que el cartel deberá tener un tamaño mínimo de una hoja A4 y cada una de las letras del mensaje deberán tener un tamaño mínimo de 0.5 x 0.5 centímetros; y,
*- Realizar una publicación con el texto antes mencionado en sus redes sociales y página web.”*³

c. Respecto de las disculpas públicas

³ RESOLUCIÓN 1571-2021/SPC-INDECOPI, p. 26.

La Sala considera que Tepsa debe dirigir una carta de disculpas a los denunciantes por lo sucedido el día 13 de agosto de 2019 dentro de su autobús. Asimismo, la misma debe ser publicada en su página web y sus redes sociales. Ello a consecuencia de enmendar los daños morales causados.

d. Respecto del reembolso del costo de los pasajes

Por último, la Sala considera pertinente que la Comisión no cumplió con pronunciarse respecto de este punto. No obstante, la autoridad considera **desestimar** esta medida correctiva solicitada. Ello debido a que los denunciantes sí hicieron uso del servicio contratado que fue el traslado de Lima a Máncora. En ese sentido, si existió el cumplimiento del servicio contratado por Tepsa y por ende no hubo afectación económica a los denunciantes. Por ello, la Sala considera que no corresponde realizar un reembolso del costo de los pasajes ya que ellos arribaron a Máncora de acuerdo a su itinerario y que por el contrario devolver el costo implicaría un enriquecimiento indebido a favor de los denunciantes.

Por lo tanto, la Sala cumplió en pronunciarse sobre todas las medidas correctivas solicitadas por los denunciantes a fin de cumplir con resarcir el incumplimiento de la Comisión.

(iii) **Respecto de la sanción de 3 UIT impuesta por la Comisión**, la Sala mencionó que los denunciantes carecen de legitimidad para cuestionar la sanción impuesta por la autoridad a Tepsa. No obstante, declaró la nulidad parcial de la Resolución 1788-2020/CC2 debido a que la motivación de la sanción impuesta no ha sido la correcta. Asimismo, la Sala considera que la sanción impuesta debe reflejar la gravedad de la conducta infractora y una multa de 3 UIT es muy por debajo de las sanciones que impone INDECOPI a prácticas discriminatoria. Por lo tanto, ordenó que la Comisión emita un nuevo

pronunciamiento sobre la sanción a imponer a Tepsa debidamente justificada y una correcta graduación acorde a los hechos suscitados.

(iv) **Respecto al pago de costas y costos**, la Sala decidió **revocar** la Resolución 1788-2020/CC2 debido a que se debió pagar de manera completa el concepto de costas a favor de ambos denunciados. Por lo tanto, se le ordena que Tepsa cumpla con pagar el monto de S/. 72 a favor de los denunciados en un plazo de 5 días hábiles.

(v) **Respecto a la inscripción de Tepsa en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi**, la Sala confirmó dicho extremo debido a que Tepsa no presentó fundamentos para revocar dicha inscripción.

4. Identificación de los principales problemas jurídicos.

Como principales problemas jurídicos que se desprenden de la Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI y antecedentes, se han encontrado los siguientes:

- (i) ¿Fue Indecopi la vía correcta para salvaguardar el derecho de los denunciados? ¿Podrían haber acudido por medio de otra vía?
- (ii) ¿Transportes El Pino S.A.C. cometió un acto discriminatorio al pedirle a los señores Estrada y Cáceres que se separen dentro del bus?
- (iii) Debido a que la conducta sancionadora se materializó a través del Terramozo ¿Es o no responsable Transportes El Pino S.A.C. de los actos efectuados por su trabajador?
- (iv) ¿Se realizó un correcto análisis de las medidas correctivas resueltas por la Sala?

5. Análisis y posición fundamentada sobre los problemas de la Resolución

5.1. ¿Fue Indecopi la vía correcta para salvaguardar el derecho de los denunciados? ¿Podrían haber acudido por medio de otra vía?

Considero que es importante evaluar el hecho de porque los denunciados decidieron acudir por la vía administrativa, es decir ante INDECOPI, y no ante otra vía procedimental. Para poder hacer un correcto análisis es necesario tener una noción de lo

que es la relación de consumo. La “relación de consumo es el vínculo que se da entre un consumidor y un proveedor cuando el primero adquiere un producto o contrata un servicio con el segundo a cambio del pago de un precio.” (DELGADO CAPCHA: 2020), por lo que podemos tener claro que para que se efectúe la relación de consumo deben existir 2 partes en dicha relación que llamamos consumidor y proveedor, estos se verán vinculados ya que el consumidor decide adquirir un producto o servicio del proveedor esperando que mediante dicha adquisición se cumpla con las expectativas generadas que tiene el consumidor para satisfacer su interés.

En ese sentido, de acuerdo al caso en concreto, podemos darnos cuenta que se ha establecido una relación de consumo entre los denunciados y Tepsa ya que todos los elementos de la relación de consumo se encuentran reconocidos en los hechos ya detallados previamente. Los denunciados son los consumidores que adquirieron el servicio de traslado de una ciudad a otra por medio de un autobús que le pertenece al proveedor que es Tepsa y por el cual ambos denunciados pagaron un precio cada uno. No obstante, en dicha relación de consumo pueden establecerse fallas del mercado y para lo cual nace, mediante una sentencia del Tribunal Constitucional (EXP. 858-2003-AA/TC), la idea de que se debe proteger al consumidor ya que el mismo es el fin de la actividad económica y no merece encontrarse en desventaja frente al proveedor. INDECOPI, cuenta con competencia primaria para resolver controversias que tengan que ver con infracciones al consumidor dentro de la relación de consumo que se establece. Asimismo, porque busca proteger al consumidor por ser el fin de toda actividad económica. Por lo tanto, de acuerdo al caso en concreto, los denunciados contrataron el servicio de traslado de Lima a Piura por medio de Tepsa (como proveedor) pero se suscitaron algunos hechos que llevaron a que haya una falla en el mercado al momento de brindarse el servicio ya que se cometió un hecho de discriminación en el consumo, definición que explicaremos más adelante, y ello llevó a que se acuda ante INDECOPI a fin de buscar una solución a lo ocurrido.

Por ello, considero entonces que INDECOPI si fue la vía correcta para poder buscar una solución de acuerdo al objetivo que tenían los denunciados más que otra vía procedimental. Si bien esto pudo haber sido visto en el Tribunal Constitucional por medio de una acción de amparo al haberse vulnerado derecho a la igualdad que es un derecho fundamental amparado en nuestra Constitución considero que dentro del procedimiento administrativo también se protegen los derechos fundamentales y al ser

un organismo de especialidad en las relaciones de consumo es la entidad correcta para evaluar dichos procedimientos. “Y es que, en definitiva es sobre todo en la protección de los derechos fundamentales que se pone a prueba verdaderamente al Estado a fin de demostrar de que es capaz de volver las cosas a su curso regular, evitando la impunidad y adoptando las medidas correctivas que pongan a buen recaudo los derechos. En este sentido y en la lógica de garantizar la defensa y protección de los intereses de los consumidores, en nuestro país el Estado no sólo ha cumplido con poner a su disposición mecanismos ordinarios de tutela, sino también específicos.” (INDECOPI: 2015).

En ese sentido, yo sí creo que INDECOPI al ser un órgano de competencia que se encuentra especializado en velar de manera directa e indirecta por los derechos de los consumidores es la entidad más apta para poder velar y proteger ante cualquier vulneración a los mismos. “En otras palabras, muy a despecho de la posibilidad de que los derechos del consumidor se puedan ver protegidos a través de otros procedimientos –no sólo de naturaleza estatal- e incluso procesos judiciales, la obligación que subyace al dispositivo bajo comentario se refiere, concretamente, a los procedimientos que el Estado debe instaurar a fin de brindar tutela específica a los derechos del consumidor. De hecho, hizo bien el legislador al referirse en este caso a procedimientos y no a procesos, ya que en rigor, por lo menos a nivel judicial, a diferencia del caso de derechos fundamentales, no existen procesos específicos destinados a la protección de los derechos del consumidor, cosa que sí sucede en el escenario administrativo.” (INDECOPI: 2015). Por lo cual, considero que era necesario que los denunciantes agoten la vía administrativa competente y específica previamente a fin de salvaguardar sus derechos y, en última ratio, si consideraron que no se protegieron sus derechos en sede administrativa recién acudir a los otros procesos ordinarios que tienen como opciones: un proceso contencioso administrativo o la procedencia de un amparo ante el Tribunal Constitucional.

5.1.1. Análisis Constitucional de los derechos involucrados en el caso.

Como sabemos, el Estado tiene la obligación y el objetivo de poder velar por los principios constitucionales de las personas como son la libertad, la igualdad y no discriminación, teniendo como motivo principal tanto la defensa de la persona humana, como el respeto de su dignidad. Como sabemos, en el ámbito nacional, el artículo 2 de la Constitución del 1993 se ha establecido cuales son los Derechos

Fundamentales de la persona, los cuales deben ser respetados y sobre todo garantizados por el Estado. Asimismo, mediante el artículo 65° de la Constitución del 1993 se estableció que el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos de los consumidores y usuarios sobre los productos y servicios que se comercializan en el mercado, por lo que la protección como consumidor se encuentra amparada bajo protección constitucional.

INDECOPI como órgano de competencia del Estado tiene la obligación de velar por el cumplimiento de las normas contenidas en la legislación. La Política Nacional tiene como objetivo general: “El objetivo de la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor es contribuir a un mayor y más eficaz nivel protección de los derechos de los consumidores, con mayor incidencia en los sectores de consumidores más vulnerables, debiendo para ello consolidar e integrar de modo progresivo el Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor, en tanto el mismo fue creado como herramienta para el logro de dicho objetivo.”(TASSANO VELAOCHAGA:2015)

Desde la entrada en vigencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor en el año 2010 hasta la fecha, la Sala Especializada siempre ha buscado interpretar el artículo 38° del Código mencionado, en dos tipos de conductas infractoras: (i) Derecho a la no discriminación, y (ii) Derecho a la igualdad y trato no diferenciado en el consumo. Sin embargo, mediante Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi cambió el criterio, estableciendo que la referida prohibición legal de discriminación en el consumo e igualdad de trato deberían ser entendidas como un único tipo infractor que engloba cualquier conducta que afecte el derecho a la igualdad a través de un trato discriminatorio. Con ello, INDECOPI lo que buscaba tener mayor practicidad al momento de resolver casos de discriminación pero en la práctica termino por tener ciertas falencias con este nuevo criterio; ya que, en primer lugar, se dejó de lado la diferencia principal entre los conceptos de igualdad de trato y discriminación el consumo. En segundo lugar, porque realiza una interpretación equivocada del principio de igualdad equiparándolo con el de no discriminación, cuando ello no es así ya que podemos decir que el principio a la igualdad es el género y el de la no discriminación es la especie. En ese sentido, es

válido cuestionarnos ciertas preguntas que nacen a consecuencia del nuevo criterio, ¿todo trato desigual es necesariamente discriminación? ¿Un trato desigual puede tener un motivo prohibido? ¿Hay actos de discriminación más graves que otras?. Para ello, es necesario entender algunos conceptos que analizaremos a través de nuestra normativa constitucional, sobre todo los que se encuentran vinculados a nuestro caso en concreto.

5.1.1.1. ¿Qué es el derecho a la dignidad?

En primer lugar, es importante determinar que se entiende por el derecho a la dignidad y porque este derecho guarda una relación importante dentro de la relación de consumo. Este derecho no se encuentra amparado solo en nuestra Constitución dentro del artículo N° 1 donde se establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” sino que también es un derecho fundamental amparado en varios tratados internacionales, que buscan establecer mecanismos en los que la dignidad del ser humano es un concepto jurídicamente protegido. Por tanto, *“la idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos”*. (SOSA: 2013)

En ese sentido, podemos decir que la dignidad del ser humano nace por el simple hecho de serlo y, por lo tanto, merece protegerse. Por lo tanto, podemos entender que el derecho a la dignidad es considerado como un derecho fundamental amparado por el derecho al ser un atributo inherente de las personas, justamente porque todos merecemos un trato digno en todas las circunstancias de nuestra vida, incluido en las relaciones de consumo. No obstante, hoy en día vemos que ello no es así; pese a que hay criterios de interpretación para la sanción a la vulneración de estos principios fundamentales hasta la actualidad hay grupos sociales que ven vulnerados sus derechos de manera histórica y social. Muchos de estos grupos viven situaciones que vulneran su derecho a la dignidad a través de tratos desiguales, discriminatorios, maltratos que los afectan por encontrarse en una

situación más vulnerable históricamente y socialmente hablando, un claro ejemplo de ello es la en la comunidad LGTB.

5.1.1.2. ¿Cómo debe ser entendido el derecho a la igualdad?

Considero que otro derecho muy vinculado con el derecho a la dignidad, es el de la igualdad. Este derecho es protegido a nivel nacional a través del inciso 2 del artículo 2 de Constitución Política del Perú mediante el cual se establece que toda persona tiene derecho a:

Artículo 2º.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”

En ese sentido, nuestra Constitución menciona que todos somos iguales ante la ley y, cualquier situación, por lo que nadie puede ser discriminado por ningún motivo. Asimismo, internacionalmente, existen diversos tratados internacionales que protegen el derecho a la igualdad como lo es la Declaración Universal de Derechos Humanos que en el artículo N° 1 establece que “[t]odos 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 menciona 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*”.

De igual manera, Convención Americana sobre Derechos Humanos establece 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” y en su artículo 24º señala que “*todas las personas*

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

Finalmente, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se menciona en su artículo 26 que “[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Por lo que se evidencia que hay una responsabilidad y deber de los Estados de proteger y propiciar un ambiente de igualdad dentro de todos los miembros de sus Estados.

Por lo que podemos ver que tanto a nivel nacional como internacional hay diversos mecanismos de protección sobre el derecho a la igualdad y que nadie merece ser discriminado bajo ningún motivo o razón. Con ello, el derecho busca proteger a estas poblaciones vulnerables haciéndoles saber que ninguna categoría es aceptada dentro de un acto de discriminación. Ahora bien, es necesario precisar que Tribunal Constitucional ha reconocido dos dimensiones con respecto al derecho a la igualdad: una formal⁴ y otra material⁵.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que algún trato desigual hacia las personas que tengan una orientación sexual distinta al de la mayoría de la población sería claramente inconstitucional y, por lo tanto, nuestro ordenamiento tiene la obligación de proteger y procurar que este tipo de hechos no se vuelvan a repetir. Ahora bien, dentro de las relaciones de consumo nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú ha establecido en el artículo N° 38 que las empresas se encuentran completamente prohibidas de discriminar bajo cualquier

⁴ Esta dimensión impone una exigencia al legislador para que no realice diferencias injustificadas, es decir, establece que todas las personas deben ser tratadas por igual frente, y en aplicación, a la ley, pero, también, a los demás órganos del Estado para que no apliquen la ley de forma desigual a supuestos semejantes (FJ 10). Sentencia del Tribunal Constitucional Exp N.º 0606-2004-AA/TC del 28 de junio del 2004.

⁵ Se sostiene, que, a parte de la obligación de abstención por parte del Estado de realizar actos discriminatorios, existe una obligación positiva para equiparar situaciones desiguales. Es decir, que a los desiguales se debe mantener el mismo principio en relación a sus condiciones distintas al resto de la sociedad y valorar el contexto real de la situación. (FJ 11). Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 0606-2004-AA/TC.

motivo, pero en el inciso 3 menciona 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.”*

En ese sentido, dentro del ámbito de la relación de consumo es claro que nuestra normativa ampara la no discriminación en concordancia con nuestros derechos constitucionales, es decir los proveedores deben brindar servicios o productos sin ningún tipo de exclusión a los consumidores salvo que exista alguna condición objetiva y razonable para que dicha exclusión se vea amparada. Considero, que haciendo un análisis superficial del caso en concreto, se dio una afectación al derecho a la igualdad de los denunciados ya que no recibieron un trato igualitario como el de cualquier pareja. Asimismo, se cometió un acto de discriminación por su orientación sexual. Lo que correspondería analizar es que si dicho trato discriminatorio se ha dado por causas objetivas, lo cual analizaremos en los siguientes subcapítulos.

5.1.1.3. ¿Cuál es la diferencia entre derecho a la Igualdad y el derecho a la no discriminación en el consumo?

Considero necesario para poder seguir desarrollando nuestra postura, saber si hay una distinción clara entre el mandato de no discriminación y el principio a la igualdad. Como ya hemos mencionado, la discriminación cuenta con una prohibición legal dentro de la relación de consumo como lo establece nuestro Código, así mismo, conforme a Tratados Internacionales y la Constitución hay una especial protección en contra de la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación. Para ello, es necesario mencionar que artículos del Código guardan una fuerte vinculación con la no vulneración de dichos derechos. En primer lugar, el artículo N° 1 literal d) establece que: el derecho de los consumidores a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial, así como a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión o de cualquier otra índole. Asimismo, en el artículo N° 38 se menciona que: los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los

productos y servicios que ofrecen. Por lo tanto, podemos ver que hay una obligación a todos los agentes económicos a concurrir en el mercado de manera lícita y sin vulnerar los derechos constitucionalmente protegidos, los consumidores deben recibir un trato igualitario y no deben ser discriminados por cualquier motivo (siempre que no haya una razón objetiva, justificada, necesaria o proporcional).

Pero entonces, es necesario preguntarnos ¿Todo trato diferenciado es un acto de discriminación? y la respuesta es no, solo cuando hay un trato diferenciado que tiene como fundamento un motivo prohibido entonces se da la discriminación. Es el motivo prohibido el que cambia las reglas del juego y vuelve el tema discriminatorio, ya que no siempre que hay un trato diferenciado es un caso discriminación.

Por lo tanto, podemos ver que la discriminación es el trato diferenciado sin ninguna razón objetiva que más bien se encuentra basada en un motivo prohibido como lo son los que abarca el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, que incluso tiene una cláusula abierta que menciona “de cualquiera otra índole” que son para supuestos no contemplados de manera taxativa pero que bajo criterios objetivos pueden ser grupos históricamente excluidos o en situación de vulnerabilidad, es una desigualdad por subordinación y que pueden ir apareciendo de acuerdo a la evolución de nuestra sociedad. Como sabemos en la práctica siempre se añaden motivos prohibidos y no disminuyen lamentablemente. En ese sentido, la discriminación es todo trato diferenciado que, a su vez, se realiza en base a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual, identidad de género u otros supuestos similares que no tienen que tolerados ni permitidos en nuestra sociedad.

Por otro lado, debemos tener claro también un trato diferenciado puede ser lícito siempre y cuando este hecho tenga causa objetiva, es decir motivos justificados, muchas veces se trata de dar un trato desigual por respeto y protección de derechos de determinadas personas (por ejemplo, la preferencia de asientos a las personas con discapacidad, atención preferencial). Es decir, bajo una causa objetiva se les da un trato diferenciado a un determinado grupo de personas a fin de salvaguardar su dignidad y sus derechos, ello no es sancionado ya que el trato diferenciado busca la

protección de derechos. No obstante, un trato diferenciado también puede ser ilícito y esté supuesto se da cuando tenemos a un proveedor ya sea de un servicio o producto no tiene alguna razón objetiva y razonable para negarte la posibilidad de adquirir dicho servicio o producto. Sin embargo, a diferencia de la discriminación este trato diferenciado no contiene un motivo prohibido sino que muchas veces se da por motivos específicos y antojadizos al caso en concreto del proveedor.

Por todo lo antes mencionado, podemos concluir que no todo trato desigual, en sí, es discriminación si es que no se encuentra basado en un motivo prohibido respecto a un grupo históricamente vulnerado. Estos motivos prohibidos, pueden ser el idioma, el sexo, el género, religión, discapacidad, entre otros, que son protegidos de manera internacional bajo diversos pactos como de manera nacional bajo nuestro ordenamiento constitucional. Asimismo, un trato diferenciado puede ser lícito siempre y cuando este hecho tenga causa objetiva, es decir motivos justificados. Con ello, muchas veces se trata de dar un trato desigual por respeto y protección de derechos de determinadas. Por lo tanto, en el caso de un trato diferenciado puede ser ilícito se da cuando el proveedor de un servicio o producto no tiene alguna razón objetiva y razonable para negarte la posibilidad de adquirir dicho servicio o producto.

Por tanto, podemos concluir que Indecopi no analiza de manera correcta la diferenciación detallada previamente, ya que mediante la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi cambió su criterio estableció que la igualdad de trato y la prohibición legal de discriminación en el consumo deben ser entendidas como un único tipo infractor que engloba cualquier conducta que afecte el derecho a la igualdad a través de un trato discriminatorio y ello no es así ya que hay hechos afectan el derecho a la igualdad pero que no necesariamente son discriminatorios. De igual manera, siempre debe analizarse el caso en concreto. El mandato de no discriminación no es solo no discriminar y ya como una simple obligación sino que este puede tener otras obligaciones que pueden ser costosas y que los agentes económicos no siempre quieren cumplir y que a la larga los lleva a tener problemas, como veremos más adelante.

5.1.1.4. ¿Qué es el Derecho a la Identidad de género?

La defensoría del Pueblo a través de la Opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta las siguientes conclusiones respecto a la situación actual de las personas de la comunidad LGTB en relación al derecho a la igualdad y no discriminación:

- a. *“La importancia de la protección del derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambio de nombre, así como la protección internacional de los vínculos de las parejas del mismo sexo de la comunidad LGTB.*
- b. *La importancia de resaltar que el transgenerismo no es una patología en atención a las evidencias científicas que provienen de la American Psychological Association, de la Organización Mundial de la Salud (OMS).*
- c. *La identidad de género forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad persona.*
- d. *Para la tutela y el ejercicio pleno del derecho a la identidad de género de las personas trans, no es suficiente la inscripción del sexo asignado al nacer en los registros, pues este puede variar en función a la vivencia y sentir de cada individuo.*
- e. *Los conceptos de sexo y género responden a una construcción libre y autónoma del ser humano, independientemente de su realidad biológica. Por tal razón, el sexo no es un componente estrictamente pético y objetivo en la medida que depende de la apreciación de cada individuo así como de la autoconstrucción de su identidad de género.*
- f. *El mandato de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 2.2, de la Constitución de 1993, debe interpretarse “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados Perú”. (Defensoría del Pueblo 2018: 33 – 39)*

Por lo que, a este grupo de personas suelen afectarles o vulnerarles sus derechos de igualdad y no discriminación en el consumo, así como su derecho a la identidad de poder ser reconocido como ser humano frente al resto de la sociedad.

En el caso en concreto, valoramos los hechos sucedidos y consideramos que hay una vulneración del derecho a la identidad de los denunciantes ya que se realizaron comentarios ofensivos que guardaban relación con su orientación sexual como: “*si eres gay, respeta nada más pe.*” o “¿Qué va a decir? “Me estaba besando con el señor, con otro hombre más ¿Así va a decir? Dile así.” Estas frases son una clara alegación a su orientación sexual que tratan de menoscabar su identidad. Dichos comentarios, no deben ser ya un motivo de justificación para sopesar los prejuicios y falta de tolerancia de las personas porque es claro que vulneran el derecho a la identidad, dignidad e igualdad de las personas homosexuales que merecen ser tratadas con respeto e igualdad dentro de la sociedad, sin que se les vulnere sus derechos en ninguna relación de consumo o situación.

5.1.1.5. ¿Qué es la Discriminación de por orientación sexual y cómo debe ser entendida?

Como sabemos la comunidad LGTBI+ ha sido siempre una de las comunidades más vulnerables dentro de nuestra sociedad y que siempre se han sido expuestos a casos de violencia y discriminación. Como se menciona en el Informe Defensorial N° 175 de la Defensoría del Pueblo, la comunidad LGTBI+ son “un grupo especialmente vulnerable y proclive a sufrir atentados contra su vida e integridad, discriminación, exclusión y negación de derechos no solo por las autoridades o terceras personas sino también por su propia familia y entorno más cercano.” (DEFENSORÍA DEL PUEBLO: 2016).

Asimismo, “en los últimos años el INDECOPI ha conocido de diversas denuncias por discriminación en el consumo ocurridas por diversos motivos, entre ellos por orientación sexual e identidad de género.”⁶ y, a consecuencia de un correcto análisis, ha logrado sancionar a los proveedores que han incurrido en actos de discriminación basados en motivos prohibidos en donde se han negado a brindarles el servicio que deseaban contratar o, también, limitando el acceso a dicho servicio justamente con un motivo prohibido de trasfondo.

⁶ Ídem. Pág. 81.

Por lo tanto, de acuerdo a todos los conceptos mencionados previamente la discriminación por orientación sexual debe entenderse como un trato diferenciado ilícito ya que se encuentra sustentado en un motivo prohibido que es la orientación sexual de las personas. Frente a dicho motivo, a cierto grupo de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad se les suele negar acceso a ciertos servicios o bienes que desean adquirir únicamente por su orientación sexual siendo este un motivo básicamente basado en prejuicios que terminan afectando la dignidad, igualdad e identidad de las personas.

En nuestro caso en concreto, ocurrieron hechos que llevaron a los denunciados a sentirse afectados durante toda la prestación del servicio, por parte del Terramozo de Tepsa y, por parte, de los demás pasajeros. Ellos tuvieron que soportar comentarios vinculados a su orientación sexual, que no se les permitía ejercer sus derechos vulnerados al querer interponer en 2 ocasiones sus denuncias en las comisarías y luego a una vaga respuesta a su reclamo por Tepsa. Es claro, que su dignidad se vio vulnerada, su derecho a la igualdad por no poder recibir un trato igualitario que las demás parejas del bus y una vulneración a su derecho identidad ya que tuvieron que soportar comentarios por su orientación sexual. Por lo que, corresponde analizar si es que Tepsa cometió un acto de discriminación en el consumo en base a un análisis de los derechos fundamentales descritos y de acuerdo a los hechos ocurridos puntualmente de acuerdo a lo probado.

5.2. ¿Transportes El Pino S.A.C. cometió un acto discriminatorio al pedirle a los señores Estrada y Cáceres que se separen dentro del bus?

De acuerdo a los hechos descritos en el caso de la Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI se suscitó un hecho controvertido el cual es materia de análisis del presente caso. Lo que buscamos dilucidar es si se cometió una infracción del artículo N° 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto quede acreditado que Tepsa discriminó a los denunciados por su orientación sexual durante su viaje con destino a Máncora y para ello es necesario, establecer unos conceptos previos.

5.2.1. ¿Qué es un acto discriminatorio y qué tipos de discriminación hay?

De acuerdo a todo lo explicado previamente, saber que es un acto discriminatorio parecería una pregunta fácil de responder. Podríamos decir a simple vista que este es un trato diferenciado pero eso no sería 100% cierto. “La discriminación es la vulneración agravada del derecho a la igualdad. Discriminar implica tratar de manera desigual a las personas por motivos específicos y reprochables para la sociedad, como origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión y condición económica, entre otros.”⁷ (INDECOPI: 2015). Por lo tanto, con actos practicados ante una minoría a los cuales no se les permite ejercer su derecho a la igualdad bajo alguna condición o característica personal que no es justificada. “La discriminación, entonces, es el trato desigual a las personas sobre la base de prejuicios. Ello genera un impacto negativo en aquellos sujetos que son discriminados: una afectación a su dignidad. Discriminar a alguien por el color de su piel, por no hablar castellano, por ser provinciano, por ser mujer o por no ser católico significa considerarlo como un sujeto de cualidades inferiores, no merecedor de los mismos bienes, las mismas oportunidades ni los mismos derechos que los miembros del grupo —supuestamente— mejor cualificado”⁸. Por lo tanto, es claro que nuestra no se ve afectada cuando nos brindan las mismas oportunidades a todos, en las mismas condiciones para todos, pero cuando una persona es rechazada o se le permiten los mismos acceso por algún motivo prohibido es que se vulneran sus derechos.

Ahora bien, hay distintas maneras de poder vulnerar sus derechos ya que hay distintos tipos de discriminación. En la doctrina encontramos cuatro tipos de discriminación: directa, indirecta, estructural e interseccional. La primera, tiene que ver con el trato diferenciado, donde es explícita la razón o motivo por la cual estoy haciendo un trato diferenciado. 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”. La segunda, guarda relación en que se da una medida que busca ser

⁷ pág. 17.

⁸ Ídem. Pág. 18.

neutra, pero que termina impactando un grupo que se ve en una desventaja particular. “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”. (Neves Mujica, 1999), Otro ejemplo es cuando el año pasado en época de pandemia a causa del Covid-19 el Estado decidió sacar una norma que establecía determinados días para salir de casa por su condición de mujeres y determinados días para salir de casa por su condición de hombres. Parecía ser una medida neutral y equitativa, sin embargo, no se contempló el derecho a la identidad y como hay personas de la comunidad LGTBI+ que no se identifican con ninguno de esos sexos y que, por ende, se veían indirectamente discriminados por el Estado.

La tercera, es aquella que tiene que ver con situaciones que no solo son casos de discriminación aislados sino que están arraigados o instaurados en la sociedad. En toda la institucionalidad hay este repelo, esta puede ser directa o indirecta (generalmente es indirecta) y que la sociedad tiene enraizada en su estructura la discriminación hacia este grupo. Este tipo de discriminación no suele ser considerado para los análisis de discriminación como concepción de discriminación. “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.” (SALOMÉ RESURRECCIÓN: 2019). Finalmente, el último tipo, es aquel que coloca a las personas en una situación de subordinación específica que trasciende a la suma de sus situaciones de opresión por variables individuales fue desarrollado por la jurista Kimberlé Crenshaw donde considera que la discriminación se basa en elementos como género femenino y etnia afro descendiente mencionando que ambas condiciones generan que un grupo de la sociedad se vea discriminado.

Con todo lo antes mencionado, es importante nuevamente traer a colación lo detallado previamente respecto al derecho a la igualdad y no discriminación. De acuerdo al artículo N° 38 se menciona que: los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen pero como ya hemos explicado anteriormente no todo trato diferenciado realmente configura un acto de discriminación. La principal diferencia entre un acto de discriminación y el trato diferenciado ilícito es el motivo prohibido que hay de trasfondo del acto. Como ya hemos cumplido con mencionar “la discriminación es la vulneración agravada del derecho a la igualdad. Discriminar implica tratar de manera desigual a las personas por motivos específicos y reprochables para la sociedad, como origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión y condición económica, entre otros.”⁹ (INDECOPI: 2015). En ese sentido, el motivo específico o también llamado prohibido es una razón reprochable por la sociedad, es decir, que la sociedad no aprueba bajo ningún motivo que se justifique un trato diferenciado basado en este motivo ya que es un motivo por el cual un grupo de personas viene siendo atacado en múltiples aspectos de su vida tratando de hacerlos sentir inferiores constantemente.

La discriminación dentro de la relación de consumo se manifiesta cuando el proveedor busca negar, diferir o limitar el acceso a los bienes y servicios por parte de los consumidores por ciertos motivos que son de trascendencia social, es decir un motivo prohibido, con el que se busca generar una afectación a su dignidad. Es una infracción administrativa, además de un delito. Por otro lado, tenemos al trato diferenciado ilícito dentro de la relación de consumo que también busca negar, diferir o limitar el acceso a los bienes y servicios por parte de los consumidores, pero por motivos que son injustificados, pero que no llegan a basarse en aquellos motivos de trascendencia social y, tampoco buscan afectar la dignidad de la persona. Por lo tanto, es ilícito ya que se hace una afectación al derecho a la igualdad pero este motivo es simplemente injustificado mas no menoscaba la dignidad de la persona o de un grupo social usualmente reprimido.

Esta diferenciación de conceptos es importante volver a mencionar ya que hoy en día INDECOPI sigue un nuevo criterio al momento de resolver casos para evaluar si se

⁹ pág. 17.

configurar o no un caso de discriminación. “Recientemente la Sala, bajo una conformación distinta, ha cambiado de criterio estableciendo que la referida prohibición legal debe ser entendida como un único tipo infractor que engloba cualquier conducta que afecte el derecho a la igualdad a través de un trato discriminatorio.

En otras palabras, para la actual Sala dicha norma prohíbe una sola conducta, la discriminación en el consumo, la misma que bajo esta nueva y extensiva noción engloba las dos conductas separadas que la anterior Sala consideraba. El razonamiento puede apreciarse en los siguientes párrafos de la resolución citada:” (DELGADO CAPCHA: pág. 28)

“26. (...) en atención a que el artículo 2 de la Constitución y el artículo 38 del Código no realizan una diferenciación de carácter normativo entre trato diferenciado y discriminación, este Colegiado ha considerado pertinente reevaluar el criterio empleado; y, consecuentemente, sostener que el tipo infractor contenido en el citado artículo 38 debe ser entendido como una única figura jurídica que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad y que se materialice a través de un trato discriminatorio hacia los consumidores. (...)

28 Es importante recalcar que el razonamiento planteado en este pronunciamiento no implica desconocer que existen actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que es posible que se configure un trato desigual que implique un mayor grado de afectación a la dignidad de una persona (por ejemplo, en casos donde la discriminación se origine por temas vinculados a raza, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual deberá ser meritudo al momento de graduar la sanción.”¹⁰

Por lo tanto, hoy en día cualquier trato diferenciado configura un acto de discriminación. A mi parecer este nuevo criterio es errado ya que como hemos cumplido en demostrar son dos tipos infractores distintos y carece de sentido sancionar dos tipos de conductas distintas de una misma manera. En sentido,

¹⁰ Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019.

considero que sería más pertinente regresar a un antiguo criterio en el cual se hacía una correcta distinción y se detallaba que “la discriminación en el consumo, la cual se verificaba cuando no se aplicaban las mismas condiciones comerciales a consumidores debido a su pertenencia a un grupo vulnerable a la discriminación o históricamente discriminado, lo cual se sustentaba en prejuicios que afectaban la dignidad de las personas. En otras palabras, todo trato diferenciado que obedeciera a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual, identidad de género u otros supuestos similares.” (DELGADO *CAPCHA*: pág. 27). Mientras que por otro lado, se “prohibía el trato diferenciado ilícito, esto es, la selección de clientela, exclusión de personas u otras prácticas similares cuando no mediaban razones objetivas y justificadas. Dicho de otro modo, un trato diferenciado sin ninguna motivación aparente que constituía una arbitrariedad.” (DELGADO *CAPCHA*: pág. 27-28).

Finalmente, ello es relevante de precisar ya que el marco teórico de la Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI se precisa que el análisis a efectuarse va a seguir el criterio desarrollado en la Resolución N° 2025-2019/SPCINDECOPI del 24 de julio de 2019 indicando que deben analizarse las conductas del caso y verificar donde exista un trato desigual que no se encuentre debidamente justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastará para configurar un acto discriminatorio.

En nuestro caso en concreto, de acuerdo a los conceptos previamente explicados y detallados, considero que el caso de los señores Estrada y Cáceres es una discriminación directa en tanto se dio por un motivo específico que es su orientación sexual. No obstante, no podemos dejar de mencionar que guarda también relación con la discriminación estructural ya que pertenecen a grupo social usualmente discriminado, cuya discriminación y vulneración a sus derechos se encuentra ya instaurada en nuestra sociedad y que aún cuesta cambiar dicho concepto. Sin embargo, es necesario precisar que este trato diferenciado desde una visión general de los hechos sí configura un acto de discriminación ya que tiene un motivo prohibido detrás que es la orientación sexual de los denunciantes, quienes pertenecen a un grupo social usualmente reprimido. Finalmente, corresponde evaluar si la solicitud efectuada por Tepsa podría calificar dentro de las decisiones de libertad empresarial que puede tomar, justificando así su decisión de manera objetiva y

razonable. Asimismo, analizar la carga probatoria presentada por los denunciantes que es de gran ayuda a probar el menoscabo a su derecho a la dignidad e igualdad.

5.2.2. ¿La decisión de Transportes El Pino S.A.C se puede considerar como un acto de libertad empresarial?

Dentro de las relaciones de consumo, es importante mencionar que los agentes económicos cuentan con ciertas facultades y derechos que también son amparados por nuestra Constituciones y que permiten un desarrollo adecuado de la economía social del Mercado. Por ejemplo,

“Artículo 58.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 59.- Rol Económico del Estado

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad.”

Mediante dichos artículos se establece de manera clara que las empresas cuentan con libertad empresarial sobre todas sus decisiones siempre y cuando no vulnere los derechos fundamentales, como menciona, este ejercicio no debe ser lesivo, ni generar desigualdes por lo que es una libertad que no es absoluta. Es entonces por dicho motivo que el Estado debe proteger a las personas frente a estas posibles vulneraciones de la libertad de empresa y es motivo por el cual en la misma Constitución busca proteger a los consumidores mediante el artículo N° 65 frente a posibles vulneraciones de actos empresariales:

Artículo 65.- Protección al consumidor

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.

Es por ello, a través de la interpretación de la sentencia del Expediente N° 3330-2004-AA, del 11 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional, se señaló lo siguiente:

“De conformidad con lo estipulado en el artículo 59° de la Constitución, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa no debía ser contrario a los principios de la moral, las buenas costumbres, o a los derechos a la salud ni a la seguridad de las personas; es decir, normas de orden público constitucional.

Sin embargo, refirió que la lista mencionada era meramente enunciativa, en tanto podían imponerse otras limitaciones fundadas en la protección del principio de la dignidad de la persona humana”. (Énfasis agregado)

Por lo tanto, de acuerdo a lo mencionado por Cesar Landa¹¹ respecto de dicha sentencia es importante que la libertad empresarial no exceda jamás los derechos constitucionales, ni el orden público. En ese mismo orden de ideas, *“el planteamiento es que, no obstante la libertad de acción e iniciativa que debe caracterizar a las instituciones en nuestro mundo democrático y libre de comercio, no podemos enfocarnos solamente en defender nuestros intereses corporativos propios dentro del marco legal vigente abandonando a su suerte las consecuencias. Es necesaria, también, la exigencia de estándares de calidad en las empresas internacionales, así como la exigencia de la regularización de ellas, bajo el concepto de responsabilidad social, para prevenir la polarización social y la pobreza, la exigencia de instrumentos y acuerdos internacionales [...] para garantizar el progreso global sostenible y equitativo”*¹². (Énfasis agregado) (SOLIS GARCÍA: 2006)

¹¹ LANDA, César.

2015 “Constitucionalización del Derecho Mercantil”. En THEMIS-Revista de Derecho 67. pp. 191-204

¹² SOLIS GARCÍA, Bertha

2006 Evolución de los Derechos Humanos. Acercos de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp 77. Consultado: 21 de mayo de 2020.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F748BF1E22688F2D05257D260080F556/\\$FILE/evoluci%C3%B3n_DD_HH.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F748BF1E22688F2D05257D260080F556/$FILE/evoluci%C3%B3n_DD_HH.pdf)[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F748BF1E22688F2D05257D260080F556/\\$FILE/evoluci%C3%B3n_DD_HH.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F748BF1E22688F2D05257D260080F556/$FILE/evoluci%C3%B3n_DD_HH.pdf) pp77

En ese sentido, la libertad de empresa no debe estar, ni estará, jamás por encima de los derechos fundamentales de las personas que concurren dentro del mercado económico. Asimismo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de Derechos Humanos dispuso que la eliminación de la violencia y la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales, es decir la comunidad LGBTI+, no es solo una tarea del Estado como tal sino también de las empresas que transitan dentro de la economía social del mercado. Hoy en día estas deben fomentar la diversidad y promover una cultura de respeto e igualdad: “Las Naciones Unidas hacen un llamamiento a las empresas de todo el mundo, ya sean grandes o pequeñas, locales o multinacionales, para ayudar a que las personas LGBTI gocen de mayores condiciones de igualdad”. Por tanto, se establece la obligación, a nivel supranacional, a las empresas de: no discriminar a los clientes, proveedores y distribuidores LGBTI”¹³

En consecuencia, de acuerdo a lo mencionado, en el caso en concreto debemos evaluar lo sucedido en los hechos del 13 de agosto del 2019 para ver si es que la decisión adoptada por el Terramozo puede ser considerado un acto de libertad de empresarial. Como mencionamos en la descripción de los hechos del caso, los denunciantes tomaron un bus de la empresa Tepsa desde Lima con rumbo a Máncora, Piura. Durante el viaje, utilizaron los beneficios de entretenimiento ofrecidos por la empresa por lo que vieron una película abrazados, posteriormente optaron por dormir debido a que ya era algo tarde y, a modos de despedida, procedieron a darse unos besos para proceder a descansar. Sin embargo, minutos después de dichas muestras de cariño se acercó el Terramozo del bus para pedirles que se separen mencionándoles que los otros pasajeros se encontraban incomodos por sus muestras de cariño y que debían ocultar dichas muestras porque se encontraban en presencia de menos de edad. Ellos consideraban que no estaban haciendo nada malo y como consecuencia de la negatividad de los denunciantes de separarse, el Terramozo los amenazó con bajarlos del bus y dejarlos en plena carretera. No obstante, por otro lado, Tepsa menciona en sus descargos que no han

¹³ Fuente: Luchar contra la discriminación de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales. Principios de Conducta para las Empresas, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

discriminado a los denunciantes ya que el Terramozo únicamente se habría limitado a trasladar la incomodidad de los demás pasajeros y ello no tenía relación con su orientación social. Asimismo, que el Terramozo nunca hace referencia a la orientación sexual de los denunciantes sino que por el contrario ellos eran quienes decían eso. Finalmente, que hicieron la solicitud en defensa de los menores de edad que son personas indefensas y sensibles y que no pueden presenciar este tipo de hechos.

De ese modo, podemos evidenciar la decisión que toman bajo su libertad de empresa es pedirles que separen a los denunciantes sin embargo dicha decisión únicamente se basa en que es un pedido de los demás pasajeros y que se busca proteger a los menores de edad pero ello no es un motivo justificado para que se les pida la separación a los jóvenes. Entendemos que el Terramozo debe buscar la comodidad de todos los pasajeros dentro de unidad vehicular pero que sucede cuando esa comodidad se basa en la vulneración de derechos constitucionales de 2 personas. ¿Es suficiente esta libertad empresarial que busca sobreponer la comodidad de “la mayoría de pasajeros” frente al derecho a la igualdad de 2 personas? De acuerdo con lo explicado, no, ya que esta decisión basada en la libertad empresarial si estaría menoscabando derechos fundamentales y como mencionamos estos jamás deben estar por debajo de cualquier situación. El Terramozo debió encontrarse capacitado para controlar la situación sin vulnerar el derecho a la igualdad de los denunciantes ya que al tener comentarios desatinados frente a ellos y permitir comentarios discriminatorios por parte de otros pasajeros durante el viaje configura un tipo de discriminación directa. Por ello, podemos concluir entonces que Tepsa no logra realmente acreditar que su solicitud se debe a una decisión razonable y objetiva ya que solo se evidencia que prioriza el supuesto bienestar de otro pasajeros sobre los derechos fundamentales de los denunciantes.

Finalmente, es importante mencionar que en la Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI la Sala también establece de manera clara en el inciso 63 que no es que se busque amparar los actos contra el pudor que pueden cometer las personas en los lugares públicos, sino que dichas conductas deben ser probadas y rechazadas independientemente de su orientación sexual de las personas quienes las cometen. Ello en consecuencia de que las personas deben contribuir con mantener una

convivencia social armónica y con el orden público. Coincidió con este punto manifestado por la Sala, no obstante, de acuerdo al caso Tepsa no pudo probar que los denunciados estaban alterando la convivencia social armónica y con el orden público con alguna conducta y ello tampoco fue manifestado por otros pasajeros, únicamente quedó claro que estaban teniendo muestras de cariño como cualquier pareja que no alteran realmente el orden público sino solo los prejuicios que aún mantienen las demás personas.

De igual manera, a fin de comprobar si se dio un acto discriminatorio es importante también evaluar los medios probatorios que fueron presentados por los denunciados a fin de evaluar si es que cometió un acto de discriminación dentro de la relación de consumo al pedirles a los denunciados que se separen, o, si es que dicha solicitud se encuentra amparada en un trato diferenciado lícito bajo razones objetivas y razonables. De comprobarse la discriminación en la relación de consumo, no solo se vulnera el derecho de los consumidores, sino que se habría generado un abuso del derecho a la libertad de mercado ya que Tepsa estaría ‘normalizando’ prácticas prohibidas en el consumo (tal como es el caso de la discriminación), lo que de acuerdo a las pautas señaladas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de Derechos Humanos son actos reprochables, contraviniendo, inclusive los derechos constitucionales.

5.2.3. ¿Cómo debe ser analizada la carga probatoria en las prácticas discriminatorias en el consumo?

Respecto a la carga probatoria en los procesos de discriminación ante INDECOPI se fijan de acuerdo a lo establecido en el artículo N° 39 del Código de Protección al Consumidor que menciona lo siguiente:

“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.”

Como podemos evaluar del artículo, se determina que la carga probatoria la tiene el afectado, es decir, el consumidor o los consumidores afectados por dicho acto. Una vez este compruebe el acto de trato desigual corresponderá al proveedor, es decir al denunciado, probar porque se dio ese trato desigual y el mismo debe estar basado en una razón o causa objetiva y razonable de otra manera se estaría evidenciando la presunta infracción. De igual manera, la Sala Especializada en Protección al Consumidor señala algunos criterios a seguir respecto la carga probatoria en casos de tratos desiguales:

- I. *“La persona que denuncia haber sido discriminada, en los procedimientos iniciados por denuncia del consumidor afectado, o el Indecopi, en los procedimientos promovidos por su propia iniciativa, **tienen, respectivamente, la carga de probar la existencia de un trato diferenciado por parte del proveedor hacia el consumidor.** Por ejemplo, que le negaron la entrada a una discoteca a diferencia del resto de personas que ingresaron con normalidad. **De no acreditarse el trato diferenciado, o algún indicio de este, no se considera probada la discriminación en el consumo y la denuncia es declarada infundada.***
- II. *Si se acredita el trato diferenciado, la carga probatoria se invierte y al proveedor le corresponde demostrar que el trato diferenciado se debió a una **causa objetiva y razonable.** Por ejemplo, que se negó el ingreso a una discoteca porque la persona pretendió ingresar con armas, lo cual ponía en peligro la seguridad de los demás consumidores.*
- III. *Si el proveedor no demuestra la existencia de dicha causa objetiva y razonable que justifique el trato diferenciado, se considera probada la*

discriminación en el consumo y la denuncia es declarada fundada, con las consecuencias descritas anteriormente."¹⁴ (Énfasis agregado).

En ese sentido, de acuerdo a nuestro análisis del caso en concreto, los denunciante al interponer su denuncia presentaron como medio probatorio un CD que contenía 3 video de la conversación sostenida con el Terramozo, con el pasajero Flores y con la pasajera Blanco y, también, el Reclamo interpuesto contra Tepsa en su libro de reclamaciones, Reclamo N° 0000007, que colocaron al llegar al Piura. Por lo que los denunciante lograron probar los indicios de un trato desigual que conllevo a la admisión de la denunciante por un caso de discriminación en el consumo. Por lo que le corresponde posterior a ello, que Tepsa acredite que no existió un trato diferenciado en la relación de consumo o, en todo caso, que dicho trato diferenciado se debió a causas objetivas y razonables.

Por lo tanto, le corresponde evaluar lo mencionado por Tepsa respecto de los hechos sucedidos. Vale aclarar, que no presentaron ningún medio probatorio por lo que todo lo mencionado es en aras de probar que no se dio un trato diferenciado a los denunciante. En primer lugar, mencionaron como argumento principal que la solicitud de separación a los denunciante fue debido a que las muestras de cariño que tenían los denunciante eran excesivas provocando la incomodidad de los pasajeros, ello independientemente de su orientación sexual sino porque es una solicitud que le realizan a todo aquel que tiene muestras de cariño efusivas. En segundo lugar, indicaron que de los medios probatorios presentados por los denunciante no se desprende que el Terramozo haya solicitado la separación a causa de su orientación social. Asimismo, que en ninguna parte se escuchaba al Terramozo hacer referencia a su orientación sexual sino que por el contrario quienes decían eso eran los denunciante. Por otro lado, mencionaron que dicha solicitud lo hacen en defensa de los menores de edad que son personas indefensas y sensibles y que no pueden presenciar este tipo de hechos. Finalmente, mencionaron que para ellos era difícil tener medios probatorios de que los denunciante se encontraban dándose muestras de afecto de manera exagerada ya que implicaría que se les esté grabando dentro del bus y ello se encuentra prohibido.

¹⁴ DELGADO CAPCHA, Rodrigo. (2020) "Una mirada global a la discriminación en el consumo" INDECOPI. Pág. 29-30.

Por consiguiente, del análisis efectuado por la Comisión y la Sala, se decidió que de los hechos suscitados si se configura un acto de discriminación. Como menciona la Sala, si bien el Terramozo no expresó de manera directa a los denunciantes que debían separarse con motivo de su orientación sexual, en ningún momento adopta las medidas necesarias para combatir los actos de discriminación dentro de sus espacios por los demás pasajeros. La Sala revisó los videos presentados por los denunciantes donde pudieron sacar los siguientes extractos:

Primer video del diálogo sostenido entre el señor Cáceres y el Terramozo

“(…)

Señor Cáceres: *No te estoy amenazando, lo que estás haciendo se llama homofobia.*

Terramozo: *Yo no te estoy haciendo homofobia, lo que tú dices, simplemente te estoy diciendo, nada más.*

Señor Cáceres: *Es homofobia.*

Terramozo: *Yo no te estoy faltando el respeto. Si tú eres profesional...*

“(…)

Señor Cáceres: *Yo no te vengo amenazar. Lo que te digo es que por favor no me vengas a decir que no haga algo que no he hecho absolutamente nada malo.*

Terramozo: *Discúlpame, discúlpame...si eres gay, respeta nada más pe.”*

Segundo video del diálogo sostenido entre el señor Cáceres, el Terramozo y el señor Flores

“(…)

Señor Cáceres: *¿Un hombre y una mujer si se pueden dar un beso, pero dos hombres no se pueden dar un beso?*

Terramozo: *Mira yo simplemente te estoy diciendo lo que a mí las personas me están reclamando.*

Señor Cáceres: *Y eso es culpa de ellos.*

Terramozo: *Yo estoy en mi trabajo.*

Señor Cáceres: *Si hay homofóbicos en el bus, tú les dices “señor eso no tiene absolutamente nada de malo”.*

Terramozo: *¿O sea yo tengo que sacar cara por ustedes?*

Señor Cáceres: *Por supuesto que sí.*

Terramozo: *Discúlpame amigo pero el margen de la ley a mí no me lo permite.*

“(…)

Terramozo: *Acá está el señor*

Señor Flores: *Yo lo he escuchado por allá, que los vas a denunciar por homofobia y otras cosas.*

Terramozo: *Claro*

Tercer video del diálogo entre el señor Cáceres y la señora Blanco en la comisaría de Casma

“Señora Blanco: (...) Y usted ¿Qué estaba haciendo ahí?

Señor Cáceres: Me estaba besando, dando unos besos.

Señora Blanco: (...) puede ser el caso con mi esposo, puedo estar haciendo exageraciones con mi esposo, yo soy hombre y mujer. Nosotros no estamos acostumbrados y más los niños, que no están acostumbrados, que le vean a usted en su condición ¡Imagínese! ¿Qué incomodidad, verdad?

(...)

Señora Blanco: Yo le voy a decir que, que el señor llegó a extremos de estar ahí, nos sorprendió besándose con otro hombre, aunque ya no puedo decir eso, sino “besándose con su pareja” con respeto ya para que no se queje usted.

Señor Cáceres: Entonces, ¿el problema ha sido que yo me besé con mi pareja?

Señora Blanco: Pero ¿sabe qué? Usted estaba, sin embargo, llegó a extremos delante de los niños (...)

(...)

Señora Blanco: (...) ¿Qué va a denunciar?

Señor Cáceres: Que se me ha discriminado.

Señora Blanco: “Que yo me estaba besando” ¿Qué va a decir? “Me estaba besando con el señor, con otro hombre más ¿Así va a decir? Dile así.

(...)”

Por lo que se puede evidenciar si bien no se les hizo la solicitud de separación de manera directa por su orientación sexual, indirectamente brindaron una justificación que debían separarse por la incomodidad de los demás pasajeros, los cuales si justificaban su molestia por la orientación sexual de los denunciantes. Como es el caso de la señora Blanco que indicaba que frases como: “Me estaba besando con el señor, con otro hombre más ¿Así va a decir? Dile así.” Mostrando una clara connotación discriminatoria debido a la orientación sexual de los consumidores, por lo que, Tepsa a través del Terramozo debió prohibir dichos comentarios por parte de los demás pasajeros en vez de mencionar que debía mantener al margen y no que no iba a sacar cara por los denunciantes. Ello les asigna responsabilidad a Tepsa ya que si bien no usaron una frase directa de discriminación si permitieron que se den dichos actos dentro de sus unidades vehiculares. Adicionalmente, mencionaron que los niños no podían presenciar este tipo de actos por ser personas vulnerables, sin embargo, de la lista de pasajeros solo viajaban 2 menores de edad que se encontraban ubicados varias filas por delante de los denunciados por lo que ellos no podían tener visibilidad de dichos actos como alegaban. Finalmente, como la Sala agregó que la presencia de niños o no dentro de la unidad vehicular, no podría ser amparada como argumento o

justificación válido para brindar un trato diferenciado a las personas en situación de vulnerabilidad por su orientación sexual, en tanto de esa forma solo se estaría encubriendo prejuicios que atentan contra la dignidad de las personas¹⁵.

De ese modo, conforme a los criterios establecidos por INDECOPI y los medios probatorios presentados por las partes, se puede acreditar que sí se suscitó un acto de discriminación por motivo de su orientación sexual a los denunciantes, pese a que la misma no fue dada de manera directa y expresa. Por lo que, Tepsa no presentó ninguna razón objetiva y justificada para el trato diferenciado y tampoco desvirtuó los medios probatorios ofrecidos por los denunciantes, conforme al artículo 162° de la Ley N° 27444, motivo por el que se les sanciona ya que discriminó a los denunciantes por su orientación sexual durante su viaje con destino a Máncora.

5.3. Debido a que la conducta sancionadora se materializó a través del Terramozo, ¿Es o no responsable Transportes El Pino S.A.C. de los actos efectuados por su trabajador?

Es pertinente evaluar también ¿por qué si la conducta fue realizada por el Terramozo (persona natural) entonces se sanciona a Tepsa?, ello con el objetivo de poder definir si es que la sanción a aplicarse debe ser contra la empresa o debería ser únicamente contra el Terramozo quien aparentemente a nombre propio cometió un acto de discriminación. Como sabemos, la relación de consumo debe ser evaluada de manera transversal, es decir, no solo debe ser analizada en caso nuestro Código de Protección al Consumidor sino que debe ser evaluada junto con otras normativas que también se aplican a los actos de consumo como lo son las normas de nuestra Constitución, principios del orden público y social, tratados internacionales, normativa laboral e incluso desde un punto de vista post positivista a través de los valores.

Como es de nuestro conocimiento, dentro de la relación de consumo hay una parte que es considerada la más débil y es el consumidor, este siempre se va a encontrar en desventaja frente al proveedor respecto a la asimetría informativa ya que no va a poder nunca negociar con el proveedor en las mismas condiciones y capacidad. Por ello, es que el Estado a través del principio del orden público tiene la facultad de proteger a los

¹⁵ RESOLUCIÓN 1571-2021/SPC-INDECOPI. Pág. 20.

consumidores dentro de la relación de consumo. “En razón a ello, regulación estatal se encarga de establecer estándares inderogables e irrenunciables con base en el principio de buena fe y la primacía de la realidad, con un propósito equilibrador entre los consumidores y proveedores de servicios, con la finalidad de disminuir la debilidad en que se encuentra el usuario frente al proveedor.” (TAMBUSSI: 2016)

Asimismo, Carlos Eduardo Tambussi menciona respecto al principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor lo siguiente:

“El derecho del consumo busca acercar la materia contractual a la realidad, mediante un imperativo de solidaridad que cuestiona el dogma de la autonomía de la voluntad, dando primacía al valor del equilibrio entre las partes, mediante los principios de proporcionalidad, la coherencia, cooperación y buena fe. Además, y adentrándonos en el principio de orden público, el régimen tuitivo consumidor implica superar el estigma por cual la regulación estatal a través de la fijación de contenidos inalterables por sobre la autonomía de la voluntad constituye un sacrilegio a la inmovible libertad contractual y asumir el imperativo ético del valor solidaridad social. En síntesis, que el derecho de usuarios y consumidores sea un derecho protectorio importa el abandono del principio de la igualdad formal ante la ley, propio del esquema clásico del derecho civil y comercial, para proteger a la parte más débil, que se encuentra inerme frente a las empresas y a los profesionales con los que se relaciona. La situación de campo caracteriza la posición del consumidor frente a la relación de consumo como la parte más vulnerable de la misma (situación de débil jurídico). A tal desigualdad natural se propicia corregirla mediante desigualdades jurídicas, inclinando el derecho para el lado contrario de la realidad, lo cual converge en la formulación del derecho de consumo como derecho tuitivo¹⁶.” (Énfasis agregado)

Ahora bien siguiendo la misma lógica debemos tener en consideración el principio de primacía de la realidad de nuestra legislación, si bien dicho principio es aplicado en su

¹⁶ TAMBUSSI, Carlos Eduardo.

2016 El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino. LEX N° 18 - AÑO XIV - II / ISSN 2313 – 1861. Pp 67.

mayoría dentro del derecho laboral, en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, se precisa que: *“para evitar que las empresas se escuden en “apariencias legales artificiosas”, lo que debe primar para la autoridad que tiene que resolver un caso como este son los hechos reales, es decir la “Realidad”, no las apariencias o los formalismos con los cuales se pretende negar lo evidente”*¹⁷.

Por lo tanto, en base al principio de primacía de la realidad, junto con el principio de orden público y el régimen tuitivo del consumidor podemos concluir que un consumidor razonable confía en que sea el proveedor que le brinda el servicio quien se haga responsable o cargo por las actuaciones de sus trabajadores, independientemente del tipo de relación laboral que tenga dicho establecimiento con sus trabajadores, es decir, relación laboral directa, por tercerización, intermediación de servicios, o por una prestación de servicios – relación civil.

En ese sentido, el Estado tiene la obligación de proteger a los consumidores velando por sus principios y es por ello que INDECOPI al momento realizar su análisis debe evaluar, independientemente del tipo de relación laboral que mantenga la empresa con sus trabajadores, el hecho o vulneración cometida. Un consumidor razonable no espera que al acudir a un establecimiento comercial se va a ver limitado y vulnerado en sus derechos a la dignidad e igualdad y mucho menos espera sufrir de discriminación durante la relación de consumo. Ahora como sabemos, muchas veces estos actos son cometidos por trabajadores que deberían estar capacitados para no cometer dichos y, por el contrario, apoyar a que dichos actos dentro de sus establecimientos sean contenidos de manera adecuada a fin de no alterar el orden público.

Asimismo, es pertinente mencionar una Resolución Final N° 2293-2018/SPC-INDECOPI de la Sala Especializada en Protección al Consumidor en la que se menciona 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

¹⁷DELGADO ZEGARRA, JAIME

2020 ¿Qué es el principio de primacía de la realidad en la protección del consumidor?. LP, 27 de febrero de 2020. Consultado: 07 de noviembre de 2021. <https://lpderecho.pe/que-principio-primacia-realidad-proteccion-consumidor-jaime-delgado-zegarra/#:~:text=El%20principio%20de%20primac%C3%ADa%20de%20la%20realidad%20consagrado%20en%20nuestra,%E2%80%9C apariencias%20legales%20artificiosas%E2%80%9D%2C%20lo>

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 recae exclusivamente en Tepsa y no en su trabajador (el Terramozo). No obstante, ello no implica que el Terramozo pueda haber incurrido en otro tipo de responsabilidad como lo es una de naturaleza civil o penal, en tanto la discriminación constituye también un delito sancionable.

En nuestro caso en concreto, en el caso si bien el Terramozo no hizo la solicitud de separación de manera directa y explícita por su orientación sexual, indirectamente brindó una justificación que debían separarse por la incomodidad de los demás pasajeros, los cuales si justificaban su molestia por la orientación sexual de los denunciados. Por lo que, el Terramozo amparaba una clara connotación discriminatoria debido a la orientación sexual de los consumidores, cuando en la realidad, Tepsa a través del Terramozo debió prohibir dichos comentarios por parte de los demás pasajeros ya que debió estar debidamente capacitado para prever estos hechos dentro de su unidad vehicular, en vez de mencionar que debía mantener al margen y no que no iba a sacar cara por los denunciados. Ello les asigna responsabilidad a Tepsa ya que si bien no usaron una frase directa de discriminación si permitieron que se den dichos actos dentro de sus unidades vehiculares. Por lo que, considero que la Sala evalúa correctamente la responsabilidad de Tepsa frente a los hechos ocurridos ya que el Terramozo de la denunciada: (a) omitió tomar alguna medida para proteger a los consumidores ante los referidos comentarios de los pasajeros como, por ejemplo, manifestar su rechazo a los mismos; y, (b) resaltó la orientación sexual de los denunciados durante el diálogo con estos, hecho que ni resulta común ni relevante para la prestación regular del servicio de transporte. Por ello, al margen de las relaciones contractuales del personal de Tepsa con su empleador, no existe motivo ni causal para que éste último no se haga responsable por los daños ocasionados hacia los denunciados.

5.4. ¿Se realizó un correcto análisis de las medidas correctivas resueltas por la Sala?

Para culminar con el presente informe, consideramos necesario realizar una evaluación de las medidas correctivas dictadas por la Sala en la Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI. Como sabemos, los señores Estrada y Cáceres indicaron que en su reclamo y en su denuncia solicitaron cuatro medidas correctivas que debía cumplir el proveedor: (i) el ofrecimiento de disculpas por parte del proveedor, (ii) la implementación de un programa de capacitación, (iii) la publicación de avisos contra la discriminación en sus establecimientos y (iv) el reintegro del costo de los pasajes.

Para ello, considero que es importante evaluar ¿cuál es la finalidad de las medidas correctivas? y es que de acuerdo a nuestro artículo N° 114 a pedido de parte o de oficio, las medidas correctivas pueden ser reparadoras y complementarias a favor de los consumidores. Asimismo, en concordancia con el artículo 115° del Código, la finalidad de las medidas correctivas reparadoras es resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por alguna infracción administrativa. No obstante, las complementarias que están reguladas en el artículo 116° tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que en el futuro, esta se produzca nuevamente.

Respecto de las medidas correctivas solicitadas por los denunciados podemos concluir que las medidas (i), (ii) y (iii) son medidas correctivas complementarias ya que buscan evitar que en un futuro, esta conducta infractora se produzca nuevamente. Por otro lado, vemos que la medida (iv) es una medida correctiva reparadora ya que resarcir patrimonialmente de manera directa la infracción cometida. En ese sentido, corresponde realizar un breve análisis de cada una de las medidas correctivas de acuerdo a lo resuelto por la Sala:

- (i) El ofrecimiento de disculpas por parte del proveedor

Respecto a esta medida correctiva, la Sala determinó que la publicación de unas disculpas públicas por parte del proveedor serviría para enmendar los daños morales causados a los denunciados. Por lo que ordenó que en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles de notificados publiquen a través de sus

redes sociales y página web una carta de disculpas a los señores Cáceres y Estrada por los hechos ocurridos el 13 de agosto de 2019.

De acuerdo a ello, consideró que es una medida correctiva complementaria que busca resarcir y mitigar en parte los daños causados a los señores Cáceres y Estrada. Claramente dicha solución no borra la situación causada por los actos del Terramozo pero al menos ofrece unas disculpas por el daño a sus derechos de dignidad e igualdad que fueron vulnerados. Por lo que, concuerdo en que es una medida correctiva bien dada.

(ii) La implementación de un programa de capacitación:

Respecto a dicha medida correctiva, la Sala determinó que efectivamente el objetivo es evitar que conductas como la analizada en el presente caso se repitan y precisó que la capacitación que deberá realizar Tepsa debe enfocarse precisamente en el tipo de servicio de atención al cliente que brinda dicha empresa como proveedora en el mercado por lo que deben capacitar sobre discriminación a todos sus trabajadores que participen en los procesos de diseño y ejecución de las políticas comerciales de atención al cliente o tengan contacto directo con clientes por cualquier canal de atención. Esta capacitación debe garantizar el cumplimiento de los objetivos trazados en las labores diarias del personal y la prevención de hechos de discriminación. Finalmente, ordenó que la capacitación debe ser dada por un tercero debidamente capacitado en temas de discriminación (por ejemplo, una institución especializada en derechos humanos) sobre todo que pueda hacer hincapié en la prohibición de discriminación por orientación sexual y que le brinde mecanismos para poder controlar estas situaciones.

En ese sentido, comparto con la Sala en que esta medida correctiva es una medida complementaria y que busca prevenir que sucedan casos como este en sus establecimientos. Considero que es importante que sean capacitados correctamente ya que no solo deben evitar actos de discriminación como trabajadores sino que deben ser lo suficientemente capaces de controlar actos de discriminación que suceden entre propios consumidores, sin menoscabar los

derechos del afectado. El no actuar y ser indiferente ante estos casos que suceden en tu establecimiento laboral es también discriminatorio y deberían estar correctamente capacitados para prever eso.

(iii) La publicación de avisos contra la discriminación en sus establecimientos

Respecto a la esta medida correctiva, la Sala determinó que en plazo no mayor a quince (15) días hábiles se cumpla con lo siguiente:

- *Colocar de forma permanente un cartel en un lugar visible y fácilmente accesible de sus establecimientos abiertos al público, así como en sus unidades vehiculares, con el siguiente mensaje: “En este establecimiento está prohibido discriminar a cualquier consumidor por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, edad o cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Si una persona advierte que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a formular el reclamo correspondiente, así como a denunciar este hecho ante el Indecopi.” Se precisa que el cartel deberá tener un tamaño mínimo de una hoja A4 y cada una de las letras del mensaje deberán tener un tamaño mínimo de 0.5 x 0.5 centímetros; y,*
- *Realizar una publicación con el texto antes mencionado en sus redes sociales y página web.¹⁸*

Ello de acuerdo a que si bien Tepsa contaba en sus locales con imágenes que decían: “En este local está prohibido el racismo y la discriminación”. Para la Sala ello no sería suficiente para prevenir ese tipo de conductas, y, además, se debe ser más específico en la redacción del cartel para que los consumidores se encuentren correctamente informados. Finalmente, porque estos carteles no solo deben estar en los establecimientos sino que también debe colocarse en las unidades vehiculares.

¹⁸ RESOLUCIÓN 1571-2021/SPC-INDECOPI. Pág. 26.

Creo que la medida tomada por la Sala es adecuada ya que busca prevenir de manera adecuada que se cometan actos de discriminación nuevamente en dicho establecimiento por lo que se cumple con ser una medida correctiva complementaria. Asimismo, me parece adecuado que se haya ordenado la colocación de los mismos en las unidades vehiculares ya que la prestación del servicio en sí se lleva a cabo en estos y debe tenerse informado al consumidor que por hechos de discriminación va ser sancionado.

(iv) El reintegro del costo de los pasajes.

Respecto a dicha medida correctiva, la Sala mencionó que los señores Cáceres y Estrada contrataron a Tepsa para viajar a Máncora y que ellos hicieron uso del servicio arribando a dicho destino. Por lo tanto, al comprobarse que se efectuó el servicio de transporte contratado no hay una afectación causada a la esfera patrimonial o económica de los denunciantes y, por ello, no corresponde reconocer a favor de los señores Cáceres y Estrada el reembolso del costo de sus pasajes.

De acuerdo a lo mencionado por la Sala, corresponde preguntarnos ¿la prestación del servicio está relacionada únicamente solo a la ejecución del mismo? ¿No guarda relación la ejecución del servicio con los hechos ocurridos dentro de la relación de consumo?. Considero que INDECOPI no hace un correcto análisis respecto a esta medida correctiva y, es que, no ha tomado en cuenta varios factores que se deben dar dentro de la relación de consumo.

Para ello, es importante entender que etapas hay dentro de la relación de consumo y cuál es su esfera de protección. En el numeral 5 del artículo IV del Título Preliminar del Código establece respecto de la definición de relación de consumo: *Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III.*

“El contrato de consumo genera una relación entre un proveedor y un consumidor; con la obligación del primero de brindar un producto o servicio idóneo y del segundo de pagar una contraprestación económica. Se trata de una relación de carácter onerosa, con prestaciones recíprocas, porque existen prestaciones de ambas partes.” (Villota Cerna: 2015)

Asimismo, en dicha definición se hace referencia al artículo III del Título Preliminar y es que el mismo código establece el ámbito de aplicación de nuestra normativa, detallando lo siguiente:

“Artículo III.- Ámbito de aplicación

1. El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta.

[...].”¹⁹

Ello quiere decir que la esfera de protección del consumidor “se encuentra dentro de una relación de consumo, es decir, cuando ha contratado productos y servicios, pero puede ser también afectado en una etapa posterior, por ejemplo, en los servicios postventa o en la atención de reclamos, o en una etapa anterior, cuando se encuentra expuesto a una relación de consumo. Esto último es lo que se conoce como consumidor potencial o aparejado. El Código de Protección al Consumidor brinda protección al consumidor en todas estas etapas” (Villota Cerna: 2018)

Por lo tanto, “en efecto, para la configuración de las infracciones no siempre se requerirá que se haya consumado la existencia de una relación de consumo, pues algunos defectos aparecerán en la etapa previa, otros en la ejecución de las prestaciones principales, y otros con posterioridad pero durante la vigencia de la garantía o del periodo de prescripción que permite reclamar administrativa o judicialmente las disconformidades o defectos de las prestaciones ejecutadas.” (Morales Acosta)

¹⁹ LEY N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Cuando termina la relación de consumo el sistema de protección al consumidor activa las garantías, cuando es una etapa previa la relación de consumo, se activa el deber de información y cuando estamos durante el proceso de ejecución de la relación de consumo se activan diferentes derechos que deben respetarse por parte del proveedor como lo son el derecho a la no discriminación, el deber de idoneidad, etc.

De acuerdo al caso en concreto, conforme a las etapas de la relación de consumo, los señores Cáceres y Estrada sufrieron una vulneración a sus derechos de la igualdad y dignidad durante la etapa de ejecución del servicio ya que se vieron encerrados en una unidad vehicular de Tepsa expuestos una y otra vez a comentarios denigratorios que hacían referencia a su orientación sexual y amenazas para la no interposición de la denuncia correspondiente. Creo que el cuestionamiento no debe verse visto únicamente a si llegaron a destino o no, ya que el problema no es ese sino debieron evaluar todo lo sucedido durante la prestación del servicio.

La relación de consumo de los señores Cáceres y Estrada nace desde que ellos se informan diligentemente y actúan como consumidores razonables durante todas las etapas de la relación de consumo. Ellos compran los boletos del bus de manera adecuada, diligentemente se presentan de manera adecuada del embarque, adecuadamente dejan su equipaje, ocuparon el asiento que compraron y como todos los pasajeros esperaron lo mismo, que se ejecute el traslado de acuerdo a las condiciones establecidas al momento de contratar. Vale recalcar que es claro que su orientación sexual no es una condición necesaria de declarar para poderles prestar el servicio por lo que es claro que ellos esperan el trato igualitario que cualquier consumidor diligente y razonable contrata para que le presten un servicio.

Y aquí es pertinente hacernos una pregunta, pongámonos en el supuesto en el que como consumidores diligentes los señores Cáceres y Estrada decidieron contratar este servicio por todos los beneficios que se les otorgaba, es decir, al momento de informarse en la etapa previa de la relación de consumo el

servicio de traslado de Máncora les ofrecía servicio de entretenimiento, acceso a internet, uso de calefacción y comida. Por lo tanto, tenían una gran expectativa del trayecto a Máncora de acuerdo a todos los servicios ofrecidos, sin embargo, al momento de llegar al Bus se dan con la sorpresa que no funciona el servicio de entretenimiento, ni la calefacción, que el servicio de internet no se da en todas las zonas y que el servicio de comida es solo una galleta de soda que les entregan. ¿Si bien ellos los trasladaron hasta Máncora, pero no les brindaron los servicios contratados que esperaban entonces podrían reclamar la devolución del dinero de su pasaje?

De acuerdo a lo evaluado por la Sala aplicando el mismo criterio y haciendo una vinculación *mutatis mutandis*²⁰ a la situación previamente detallada, la respuesta sería que no. Y es que de acuerdo al razonamiento efectuado por la Sala, no importa si Tepsa no cumplió con todos servicios que ofreció al momento de trasladarte hasta Máncora sino únicamente que logró trasladarte a tu destino. Bajo ese criterio, durante todo el trayecto pueden tratarte de la peor manera y no ofrecerte ningún servicio pero la relación de consumo se efectuó correctamente porque llegaste al destino.

Lo correcto es que cuando un proveedor no cumple con todos los ofrecimientos que establece al momento de brindar su oferta, este recibe una denuncia o reclamo por falta de idoneidad en el servicio contratado. Es decir, si es que los señores Cáceres y Estrada al momento de llegar al Bus se daban con la sorpresa que no funciona el servicio de entretenimiento, ni la calefacción, que el servicio de internet no se da en todas las zonas y que el servicio de comida era solo una galleta de soda. Ellos hubiesen podido denunciar a Tepsa por una infracción al artículo 18 y 19 del Código de Protección al Consumidor ya que hay una infracción a la correspondencia entre lo que esperaban y lo que efectivamente recibieron, en función a lo que se les ofreció. En consecuencia, se les hubiera hecho la devolución del dinero u otra medida correctiva reparativa.

²⁰ Principio en la latín que hace referencia a “lo que se ha de cambiar”. Dicha expresión puede ser utilizada cuando se busca comparar situaciones que son diferentes pero que tienen elementos en común.

Entonces, no es acaso una de las prestaciones que un consumidor contrata en el servicio de transporte, el ser tratado como un pasajero con todos sus derechos, que se encuentran establecidos en los términos y condiciones del contrato al momento de adquirir el pasaje. Como sabemos, dentro de dichos términos y condiciones no existe ninguna advertencia o prohibición de que 2 personas que son pareja puedan darse muestras de cariño dentro de la unidad vehicular.

En ese sentido, de acuerdo al análisis de Sala, INDECOPI cree que lo contrato por los señores Cáceres y Estrada es únicamente el traslado de Lima a Máncora sin importante lo que haya ocurrido en el trayecto. Ello no es así, ya que ello ni si quiera es el punto de discusión porque ellos efectivamente llegaron a su destino sino lo que se reclama es el trato discriminatorio que sufrieron durante la ejecución de la relación de consumo. Por lo tanto, es claro que cuando por los señores Cáceres y Estrada contrataron el servicio de transporte esperaban ser tratados de manera adecuada sin que menoscaben sus derechos durante la ejecución del servicio ya que ello es parte de lo que uno espera a la hora de la contratación de un servicio y, de acuerdo al caso, ello no ocurrió faltándose así el deber de idoneidad que tenía el proveedor frente a los denunciantes. Por lo tanto, a mi considerar si hay una vulneración en la idoneidad y calidad del servicio ofrecido en la relación de consumo y como consecuencia de la falta de conformidad de lo que esperaban señores Cáceres y Estrada y lo que verdaderamente sucedió si ha existido un perjuicio económico porque el traslado no se efectuó bajo las condiciones pactadas en la que ellos contrataron y no cumplieron con sus expectativas por lo que corresponde se les devuelva el dinero gastado en los pasajes. Por ello considero que la Sala debió realizar todo el análisis que he realizado respecto a las etapas de la relación de consumo y respecto a lo que uno espera al momento de contratar un servicio de transporte para poder otorgar o no esta medida correctiva y no solo considerar sin sustento alguno que como el traslado si se efectuó entonces no hay afectación económica que reclamar y no corresponde la medida correctiva. De modo que, considero que esta medida correctiva si debió darse y no negarles la medida correctiva reparadora que merecían los denunciantes.

6. Conclusiones

- i. De acuerdo a todo lo detallado previamente, es claro que en la presente resolución nos encontramos ante un caso de discriminación por motivo de orientación sexual, el cual se evidencia en los hechos ya desarrollados en el presente informe.
- ii. Se configura un acto de discriminación en la relación de consumo ya que existió un trato diferenciado a consecuencia de un motivo prohibido que es su orientación sexual, ya que los señores Cáceres y Estrada no tuvieron un comportamiento inadecuado que ameritaba que sean separados, únicamente tuvieron muestras de cariño como cualquier pareja. En ese sentido, la solicitud de separarse hecha por el Terramozo solo tuvo como objetivo menoscabar los derechos a la igualdad, dignidad y no discriminación de los denunciantes.
- iii. Si bien existe libertad de empresa en las decisiones, esta no es absoluta y los límites se encuentran establecidos en la Constitución. Esta no puede vulnerar los derechos fundamentales de las personas, por lo tanto, cuando entre en conflicto la libertad empresarial con derechos fundamentales, estos últimos siempre van a primar sobre la libertad de empresa.
- iv. Durante el proceso, Tepsa no logró justificar el trato diferenciado por alguna causa objetiva y razonable que amerite que los señores Cáceres y Estrada deban separarse. Asimismo, la argumentación brindada no dejaba más que claro que la solicitud se dio por incomodidad de otros pasajeros que de acuerdo a los medios probatorios dejaban clara su homofobia y ello quedo comprobado de acuerdo a los medios probatorios presentados.
- v. En ese sentido, me encuentro de acuerdo con lo dictado por la Sala en la Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI en la cual declaró fundada la denuncia contra Tepsa por infracción al artículo N° 38 del Código, en tanto quedó acreditado que Tepsa discriminó a los denunciantes por su orientación sexual durante el viaje con destino a Máncora.
- vi. No obstante, no me encuentro de acuerdo con el análisis efectuado por la sala respecto a la medida correctiva solicitada por los denunciantes respecto de la devolución del costo de los pasajes. Debido a que no se hizo una correcta evaluación de lo implica la prestación del servicio de manera idónea más allá de si la finalidad del servicio se ejecutó o no.

- vii. Finalmente, considero que la multa fue muy baja considerando que era un caso de discriminación en la relación de consumo y que la multa busca desincentivar dichas conductas tanto en la empresa que la ejecuta como en otras empresas. Por lo que haciendo una comparación con otros casos de discriminación la multa resulta poca y se ameritaba una sanción mucho más drástica.

7. Recomendaciones

- i. Considero que es importante que INDECOPI evalué el criterio que maneja para casos de discriminación desde el 2019 a la actualidad. Considero que sí es importante regresar al anterior criterio que configuraba 2 supuestos de hecho como infracciones distintas.
- ii. Asimismo, considero que las primeras instancias deben hacer un correcto análisis de la graduación de las multas ya que si imponen multas leves a infracciones graves sin una correcta justificación lo único que generan es que la segunda instancia emita la nulidad de la misma ya que por el principio de reforma un peius las segundas instancias administrativas o judiciales no podrían emitir un pronunciamiento que perjudique la situación de los apelantes en relación con la resolución impugnada.
- iii. Asimismo, considero que es importante que se haga un correcto análisis del deber de idoneidad para los casos de discriminación. Muchas veces las medidas correctivas están ligadas al deber de idoneidad ya que si es que se da un caso de discriminación claramente se afecta la expectativa que uno tenía del servicio o del producto. Por lo tanto, no puede evaluarse solo como la finalidad del servicio o producto contratado sino también los sucesos que se involucran en la prestación del mismo.
- iv. Finalmente, considero que es importante que INDECOPI haga una correcta fiscalización a las medidas correctivas que impone para casos de discriminación. Los casos de discriminación son conductas que suelen ser constantes, que se repiten una y otra vez, las medidas correctivas suelen complementar la idea de desincentivar dichas conductas en las empresas. Por lo tanto, es necesario

fiscalizar correctamente que se cumplan con colocar los carteles que prohíben la discriminación, que las capacitaciones realmente se efectúen y sean buenas, etc. para que estas medidas no caigan en letra muerta sino que generen un cambio realmente como se espera.

8. Referencias Bibliográfica

1. *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019). II Encuesta Nacional de Derechos Humanos: Población LGBT. Recuperado de https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-06/presentacion_ii_encuesta_nacional_ddhh.pdf*
2. *IPSOS. (2020). II Encuesta Nacional de Derechos Humanos: Población LGTB. Obtenido de IPSOS: https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-06/presentacion_ii_encuesta_nacional_ddhh.pdf*
3. *Promsex (2021) Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos de las personas LGBTI en el Perú 2020: <https://promsex.org/wp-content/uploads/2021/05/InformeAnualDeDerechosHumanosPersonasLGBTI2020.pdf>*
4. *RPP Noticias. (2020). Consulta: 24 de septiembre de 2021: <https://rpp.pe/peru/actualidad/vania-torres-indecopi-abre-investigacion-por-presunto-acto-de-racismo-en-publicidad-de-deportista-noticia-1286744?ref=rpp>*
5. *Observatorio de Derechos LGBTI (2019). Informe Anual del Observatorio de Derechos LGBT 2017-2018. Recuperado de http://iessdeh.org/usuario/ftp/1-82_OBSERVATORIO_junio_2019.pdf*
6. *DELGADO CAPCHA, Rodrigo. (2020) “Una mirada global a la discriminación en el consumo” INDECOPI. Pág.12, 29-30. Consultado: 08 de octubre de 2021. https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3749566/Libro+UNA+MIRADA+GLOBAL+A+LA+DISCRIMINACI%C3%93N+EN+EL+CONSUMO-Jurisprudencia+del+Indecopi+%28Versi%C3%B3n+Digital%29+%281%29.pdf/a73d09ce-3da4-daac-745e-5b39434dd7f2?fbclid=IwAR0wjB5rGxAH3k_zM_xoV7tziMgV94s4MNEtV5CT7VbjDmdcb9j7j5RKPJg*

7. DONAYRE MONTESINOS, Christian Marcelo (2015) "LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL" PRAECEPTUM - Experiencias de políticas públicas. INDECOPI. Año 2 Número 3. Pág.84- 85.
8. TASSANO VELAUCHAGA, Hebert (2015) "EL ROL DEL INDECOPI EN LAS POLÍTICAS NACIONALES" PRAECEPTUM - Experiencias de políticas públicas. INDECOPI. Año 2 Número 3. Pág.214.
9. SOSA, Juan Manuel (2013) "La satisfacción de las necesidades básicas como mejor fundamento para los derechos humanos y su relación con los derechos fundamentales y constitucionales en el ordenamiento constitucional peruano" pp, 47. Consultado: 14 de octubre de 2021.
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4959/SOSA_SA_CIO_JUAN_NECESIDADES_BASICAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y
10. VARSİ ROSPIGLIOSI, E. (2014). *Tratado de las Personas*. Lima: Gaceta Jurídico S.A. págs. 213-225
11. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2018) Informe de Adjuntía N° 007-2018-DP/ADHPD. *A dos años del informe Defensorial N° 175. Estado actual de los Derechos de las personas LGBTI*, pág. 34. Consultado: 14 de octubre de 2021.
<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Defensorial-N%C2%B0-007-2018-DPADHPD-%E2%80%9CA-2-a%C3%B1os-del-Informe-Defensorial-N%C2%B0-175.-Estado-actual-de-los-derechos-de-las-personas-LGBTI%E2%80%9D.pdf>
12. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2016) "Informe Defensorial N° 175, Derechos Humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una Política pública para la igualdad en el Perú". Lima. Septiembre, pág. 15.
13. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2015). "DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO Y TRATO DIFERENCIADO ILÍCITO EN LA JURISPRUDENCIA DEL INDECOPI", pág. 17-18. Consultado: 14 de octubre de 2021
14. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2007). *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Lima.
15. NEVES MUJICA, J. (1999). *Igualdad y Discriminación. Concepto y casos. Sobre género, derecho y discriminación*, pág. 218.

16. *Salomé Resurrección, L. (2019). A propósito del concepto: "Discriminación Estructural". Una mirada crítica de la visión liberal tradicional de la discriminación. pág. 19.*
17. SOLIS GARCÍA, Bertha (2006) *Evolución de los Derechos Humanos. Acercos de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, pp 77. Consultado: 15 de octubre de 2021. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F748BF1E22688F2D05257D260080F556/\\$FILE/evoluci%C3%B3n_DD_HH.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F748BF1E22688F2D05257D260080F556/$FILE/evoluci%C3%B3n_DD_HH.pdf)[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F748BF1E22688F2D05257D260080F556/\\$FILE/evoluci%C3%B3n_DD_HH.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F748BF1E22688F2D05257D260080F556/$FILE/evoluci%C3%B3n_DD_HH.pdf)
18. TAMBUSSI, Carlos Eduardo (2016). *El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino. LEX N° 18 - AÑO XIV - II / ISSN 2313 – 1861.* Consultado: 07 de noviembre de 2021 <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1236>
19. DELGADO ZEGARRA, Jaime (2020) *¿Qué es el principio de primacía de la realidad en la protección del consumidor?.* LP, 27 de febrero de 2020. Consultado: 07 de noviembre de 2021. <https://lpderecho.pe/que-principio-primacia-realidad-proteccion-consumidor-jaime-delgado-zegarra/#:~:text=El%20principio%20de%20primac%C3%ADa%20de%20la%20realidad%20consagrado%20en%20nuestra,%E2%80%9Capariencias%20legales%20artificiosas%E2%80%9D%2C%20lo>
20. VILLOTA CERNA, Marco Antonio (2015) *“CONTRATO DE CONSUMO, PROTECCIÓN MÍNIMA DEL CONTRATO DE CONSUMO Y CLÁUSULAS ABUSIVAS”* Pág. 8 Consultado: 07 de noviembre de 2021: http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2015/12/EL_CONTRATO_DE_CONSUMO.pdf
21. VILLOTA CERNA, Marco Antonio (2018) *“AVANCES Y ORIENTACIONES DEL NUEVO CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR”.* Pág. 36 Consultado: 07 de noviembre de 2021: <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/82>
22. MORALES ACOSTA, Alonso. (nn) *“LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR: Transcendiendo las fronteras de la relación de consumo”.* *Agnitio.* Consultado: 07 de noviembre de 2021: <http://agnitio.pe/articulo/la-ampliacion-del-ambito-de->

[proteccion-al-consumidor-del-derecho-del-consumidor-transcendiendo-las-fronteras-de-la-relacion-de-consumo/](#)

