

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



**Informe académico sobre Resolución 2758-2019-SPC-
INDECOPI**

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogada

Autor:

Lucía Echevarría Gorriti

Asesor:

Cesar Augusto Higa Silva

Lima, 2022



DEDICATORIA

*A mis sobrinos, Rodrigo y Emilia, para que crezcan en un mundo libre de discriminación,
más justo y empático.*

RESUMEN

El presente informe analizará exhaustivamente la Resolución Final N° 2758-2019/SPC-INDECOPI, Resolución emitida por la Sala Especializada de Protección al Consumidor, donde se dispone sancionar al restaurante, notoriamente conocido en nuestro país, “La Rosa Náutica S.A”, tras declarar fundada la denuncia interpuesta contra el mismo, por la Asociación de Consumidores Indignados Perú -ASIP, ya que dicho restaurante habría cometido actos discriminatorios en el consumo del servicio, tras haber entregado a las comensales cartas con características distintas a la que se les entregaba a los comensales, ya que en las primeras se omitía información relevante específicamente relacionada a los precios (a las mujeres se les entregaban cartas sin precio cuando se encontraban acompañadas de un hombre), configurándose éste como un acto discriminatorio, toda vez que no contaría con fundamentos basados en motivos racionales y objetivos.

Asimismo, en dicho contexto, la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo N° 1 inciso d) reconoce el derecho de todos y cada uno de los consumidor a “un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, en consecuencia, prohíbe explícitamente todo acto de discriminación hacia los consumidores por parte de los proveedores, señalando que cualquier trato diferenciado debe estar debidamente fundamentado en causas objetivas y razonables; siendo así que no todo trato diferenciado es discriminación, sino únicamente el que no se encuentre fundamentado en las causas establecidas anteriormente.

Por lo tanto, el presente informe se delimitará a analizar los fundamentos establecidos por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, los cuales son desarrollados en aras de resolver la denuncia por causal de discriminación en el consumo, así como también los fundamentos por parte del restaurante la Rosa Náutica S.A, basados en las políticas internas - estereotipadas - establecidas por el mismo, políticas que supuestamente abalarían el acto de entregar cartas diferentes a las comensales. Finalmente, se evaluarán las medidas y sanciones impuestas por la Autoridad competente.

PALABRAS CLAVE

Discriminación - trato ilícito - Protección al Consumidor - Costumbre - Derecho a la Información.



ÍNDICE DE CONTENIDO

1. Introducción	5
2. Justificación de la elección de la Resolución	6
3. Identificación de los hechos relevantes del caso	7
3.1. Antecedentes del caso	7
3.2. Denuncia por parte de la Asociación Peruana de Consumidores Indignados del Perú	8
3.3. Resolución final de la Sala Especializada en Protección al Consumidor N° 2758-2019/SPC-INDECOPI	12
4. Identificación de los Problemas Jurídicos	12
4.1. ¿Cuándo se puede afirmar que el trato diferenciado es configurado como discriminación?	12
4.2. Al entregar cartas diferenciadas por motivos de estereotipos de género, ¿la conducta del restaurante la Rosa Náutica S.A podría calificarse como discriminatoria hacia las mujeres según lo establecido por el Código de Protección y Defensa del Consumidor?	19
4.3. ¿Es posible afirmar que la denominada “etiqueta” en el servicio por parte del restaurante La Rosa Náutica S.A. como parte de un ambiente de romanticismo forma parte de la costumbre?	24
43.1. ¿Cuándo la costumbre colisiona con el Derecho?	29
4.4. ¿Se configura como afectación a la dignidad de la persona la negación u omisión parcial de información por parte del restaurante La Rosa Náutica S.A.?	30
5. Análisis sobre la sanción aplicada	33
6. Conclusiones	38
7. Bibliografía	40

1. Introducción

A lo largo del tiempo, la discriminación hacia las mujeres se ha justificado continuamente invocando prácticas, costumbres y valores, ya sean sociales y/o religiosos. Estos “valores” sociales discriminatorios con frecuencia resultan en formas de violencia contra las mujeres, convirtiéndose así en prácticas perjudiciales, las mismas que lastimosamente se encuentran arraigadas socialmente, aceptándose y sobretodo justificándose en la cultura o tradición. No obstante, las prácticas perjudiciales abarcan muchas otras prácticas que varían en función de la cultura y el país, las cuales están en constante cambio a causa de la modernización.¹

Un claro ejemplo, es el caso motivo de análisis, donde las mujeres habrían sido discriminadas en razón de sexo, toda vez que, tras acudir a un distinguido restaurante, se les entregó cartas diferenciadas de las que se les entregaba a los hombres, ya que éstas contenían precios y eran de color azul, mientras que en las cartas de las mujeres no se incluían los precios y eran de color amarillo. Así como este caso, hay muchos más suscitados en nuestro país, es por ello que en el año 2018 se produjo gran revuelto, siendo así un año de movimiento social en relación específica a la violencia de género. A consecuencia de ello, se realizaron diversas marchas, entre ellas, la conocida “Ni una menos” en rechazo al machismo tan fuerte que había en ese momento y que continua hasta el día de hoy.

Este peculiar contexto, sensibilizó y alertó a los ciudadanos para que éstos actúen de conformidad a lo establecido por la ley, haciendo valer sus principales derechos y desincentivando prácticas que, si bien forman parte de la cultura o costumbre de nuestro país, atentan contra los derechos fundamentales de las personas.

Se espera pues, que con el paso del tiempo y los constantes cambios que impone la modernidad, las prácticas nocivas que atentan contra las mujeres disminuyan a futuro no muy lejano.

¹ <https://www.endvawnow.org/es/articles/581-introduccion.html> - Consulta: 12 de mayo de 2022.

2. Justificación de la elección de la Resolución

El motivo del análisis sobre la Resolución Final N° 2758-2019/SPC-INDECOPI, se basa en mi curiosidad de índole académica, tras darme cuenta y verificar que pese a los avances de la legislación en materia de consumo, así como las políticas nacionales de género y las políticas que buscan garantizar una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, todavía existen restaurantes - considerablemente conocidos -, como es el caso del restaurante La Rosa Náutica S.A., que mantienen una costumbre absolutamente retrógrada, al proporcionar cartas diferenciadas a los comensales, lo cual demuestra que el restaurante suponía que el hombre era el que pagaba la cuenta de lo consumido, en consecuencia, se deduce que el hombre es el que tiene una posición de superioridad y poder frente a la mujer, haciéndola ver como una mujer débil, la cual recibe la misma carta pero sin precio, cuando hoy en día, en un mundo sumamente competitivo, la mujer ha logrado posicionarse en la sociedad de manera exitosa, como una mujer fuerte, valiente y empoderada.

En esa misma línea se puede, lastimosamente, evidenciar que, con el paso del tiempo, nuestro país, como sociedad - a pesar de todos los cambios globales en torno a políticas de no discriminación - no avanza, quedándose así, con concepciones retrógradas y prejuiciosas.

En ese sentido, la discriminación se presenta como un gran reto a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, donde específicamente el Indecopi juega un rol fundamental como autoridad administrativa al resolver este tipo de denuncias de discriminación en el consumo.

Asimismo, esta Resolución es de relevancia ya que se logra vislumbrar la percepción prejuiciosa que tienen la mayoría de proveedores con respecto a los consumidores, como en este caso, en relación a su género, provocando que haya un trato diferenciado discriminatorio, basado justamente en esa percepción.

Por otro lado, se busca, de alguna manera, cuestionar la Resolución emitida por la autoridad competente, ya que juega un rol decisivo e incluso puede sentar un precedente ante futuros casos similares, por lo tanto, trataremos de ahondar en la

eficacia de la misma, en el sentido que ésta vaya de la mano con la normativa correspondiente y que, en consecuencia, logre batallar para no perpetuar actitudes o criterios ilícitos de consumo, los cuales estén destinados a consolidar prácticas ilícitas discriminatorias, prácticas que van en contra de la política nacional de género, las mismas que hoy en día, el Estado garantiza de manera efectiva ante la igualdad entre hombres y mujeres.

Finalmente, se puede evidenciar que este tipo de problemas perduran en la actualidad, problemas que afectan a la mayoría de consumidores.

3. Identificación de los hechos relevantes del caso

3.1. Antecedentes del caso

Para un análisis óptimo de la Resolución Final N° 2758-2019/SPC-INDECOPI (en adelante, “la Resolución”), procederemos a detallar las partes que intervienen en la misma y, en consecuencia, dilucidar las razones que los llevaron a actuar y sustentar sus argumentos de una manera determinada.

- En primer lugar, se encuentra la Asociación de Consumidores Indignados del Perú (en adelante “ACIP”), representada por su presidente, el Dr. John Benny Ágredda Zamudio (en adelante, “señor Ágredda”), el mismo que, en representación de ACIP, actuó como denunciante del presente caso.

El objetivo de ACIP consistía en proteger y defender los derechos de los consumidores, motivo por el cual se inscribió en el año 2019, pero lastimosamente, estuvo activa hasta el año 2020.

- Por otro lado, se encuentra el restaurante La Rosa Náutica S.A. (en adelante, “la Rosa Náutica”), elegante y concurrido restaurante de arquitectura en estilo victoriano², fundado en el año 1983, el cual cuenta con múltiples sucursales alrededor del mundo, entre ellas, en el país de Argentina. En el 2005 se ubicó en el quinto lugar de lista de la Cámara de Comercio de Lima, de los restaurantes

² https://es.wikipedia.org/wiki/La_Rosa_Náutica - Consulta: 12 de mayo de 2022.

preferidos de los empresarios de esa ciudad. Queda pues, en evidencia, que para el año 2017, año en que se produjeron los hechos, la Rosa Náutica gozaba de un excelente prestigio. No obstante, en el presente caso, la Rosa Náutica es la parte denunciada.

3.2. Denuncia por parte de la Asociación Peruana de Consumidores Indignados del Perú

- Con fecha 27 de noviembre del año 2017, el señor Ágreda asistió a la Rosa Náutica para disfrutar de un almuerzo en compañía de su familia (madre y hermana). En consecuencia, al pedir las cartas para elegir los platos a degustar, fue donde detectó que se entregaban cartas de características diferentes a los consumidores: cartas azules eran destinadas para el género masculino, mientras que las amarillas eran entregadas a las féminas única y exclusivamente cuando éstas se encontraban en compañía de un varón, la característica particular de estas cartas: no contenían los precios de los platos a servir.
- Con fecha 23 de julio de 2018, ACIP denunció a la Rosa Náutica, por presuntamente cometer infracción al artículo N° 38 de La Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el “Código”).

A fin de sustentar su posición, ACIP presentó ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, “Indecopi”) los siguientes medios de prueba:

1. Fotos de las cartas azules que sí contenían precios.
2. Fotos de las cartas amarillas que excluían los precios.
3. Un video, que demostraría el trato diferenciado y acto discriminatorio hacia las mujeres en la Rosa Náutica.

En dicha oportunidad, el denunciante alegó que se estaría cometiendo un evidente acto de discriminación, ya que la Rosa Náutica vulneró el derecho de las mujeres al recibir un trato diferenciado no fundamentado en una causa objetiva.

Asimismo, la parte denunciante describió el trato dado a las mujeres por la Rosa Náutica, como si ellas “*fuera tratadas como si fueren una categoría de seres humanos de nivel inferior que no pueden pagar ni valerse por sí mismas por el solo hecho de ser mujeres*”.

Finalmente, alegó que la Rosa Náutica habría incurrido en los tres requisitos que configuran todo acto discriminatorio, los cuales son: 1. Trato diferenciado, 2. Trato prohibido por y ante la ley y; 3. Afectación de un derecho como consecuencia del trato.

Por estos motivos, ACIP solicitó a la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 – sede Lima Sur (en adelante, “la Comisión”) que disponga lo siguiente:

1. Ordenar a la Rosa Náutica que elimine cualquier acto discriminatorio, en este caso, discriminar a las mujeres mediante trato diferenciado.
 2. Aplicación de la máxima multa.
 3. Ordenar a la Rosa Náutica la entrega de cartas iguales a todos los consumidores.
 4. Ordenar a la Rosa Náutica que efectúe el reembolso de todas las costas y costos del procedimiento.
- Con fecha 3 de agosto de 2018, mediante Resolución N° 1, la denuncia interpuesta por ACIP fue admitida a trámite por la Secretaría Técnica.
 - Con fecha 11 de setiembre de 2018, la Rosa Náutica presentó sus descargos, alegando principalmente lo siguiente:
 1. El trato halagador hacia las mujeres (entregar cartas distintas a la de los hombres) como parte de las políticas internas del local no constituía un acto de discriminación por sexo, ni por motivos similares.
 2. Que, lo que se buscaba con este trato diferenciado, era enaltecer la posición de la mujer y un ambiente romántico dentro de una pareja.
 3. La diferenciación realizada respondía a acciones realizadas en beneficio de un grupo de clientes como estrategia comercial de fidelización.

4. No se está vulnerando el Derecho a la igualdad, ya que cualquier mujer tenía acceso y/o podía pedir las cartas -con precio- azules.
 5. No todo trato desigual constituye un acto de discriminación.
- Mediante escrito de fecha 13 de noviembre de 2018, ACIP absuelve los descargos presentados por la Rosa Náutica, afirmando que la denunciada reconoció que efectivamente, se entregaban cartas diferenciadas a hombres y mujeres cuando visitaban el local en pareja, en consecuencia, sí encajaría la conducta de la Rosa Náutica en el supuesto de trato diferenciado ilícito.
 - Con fecha 30 de noviembre de 2018, la Rosa Náutica sigue firme en su posición inicial, haciendo reiterativos los siguientes argumentos:
 1. Sí es posible que las mujeres accedan a las cartas azules con precios, ya que se encuentran a la entrada y, asimismo, pueden pedirla al personal de la Rosa Náutica.
 2. No se ha reportado que a alguna mujer se le haya negado la carta azul.
 - Mediante Resolución N° 271-2019/CC2 de fecha 8 de febrero de 2019, la Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta por ACIP contra la Rosa Náutica por presunta infracción al artículo N° 38 del Código, amparándose en los siguientes argumentos:
 1. No se habría acreditado que la entrega de cartas distintas en la Rosa Náutica respondiera a un acto de discriminación en contra de las mujeres.
 2. La Rosa Náutica acreditó el acceso a la carta azul por parte de las mujeres: éstas pueden ser entregadas si se las piden al personal y al ingresar al establecimiento se puede visualizar la lista de precios.
 - Con fecha 21 de marzo de 2019, ACIP interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 271-2019/CC2, reiterando lo manifestado en su denuncia y argumentando además que:

1. La Comisión estaría incurriendo en un error, ya que es evidente que la Rosa Náutica sí ha incurrido en actos de discriminación al no aplicar las mismas condiciones comerciales a los consumidores que se encontraban en una situación de igualdad.
 2. Este acto discriminatorio se encuentra tipificado en el artículo N° 38 del Código.
 3. La Comisión no consideró por qué las mujeres a diferencia de los hombres, debían solicitar una nueva carta con precios o retornar a la entrada de la Rosa Náutica para ver los precios, en consecuencia, no se estaban aplicando las mismas condiciones comerciales para ambos géneros.
 4. Vulneración al principio administrativo de verdad material: la carta, la cual se encontraría al ingresar al local fue constatada por carta notarial de fecha 29 de agosto de 2018, mientras que la fecha de los hechos se remonta al año 2017 (dos años de diferencia).
- Con fecha 17 de junio de 2019, la Rosa Náutica continúa firme con sus argumentos y presenta un escrito de contestación, manifestando lo siguiente:
 1. En el local no había una carta específica para los hombres por ser de ese género, ni una carta específica para las mujeres por pertenecer a dicho género: esto, toda vez que afirmaban que sus cartas no contaban con ninguna indicación, ya sea nombre o identificación que estableciera que las azules solo podían ser entregadas a los hombres, ni que las cartas amarillas debían ser entregadas solo a las mujeres sin excepción alguna.³
 2. Se estaba cumpliendo con aplicar las políticas internas del local, la cual se basaba en propiciar un ambiente romántico, dando así un “*toque*” distintivo a su servicio.
 - Con fecha 2 de agosto de 2019, ACIP presenta un escrito reiterando sus argumentos.

³ Resolución 2758-2019-SPC-INDECOPI

3.3. Resolución final de la Sala Especializada en Protección al Consumidor N° 2758-2019/SPC-INDECOPI

- Mediante Resolución N° 2758-2019/SPC-INDECOPI de fecha 4 de octubre de 2019, se revocó la Resolución N° 271-2019/CC2, la misma que declaró infundada la denuncia interpuesta por ACIP contra la Rosa Náutica.

Por consiguiente, se declara fundada la misma por infracción al artículo N° 38 del Código, tras haberse acreditado que, las mujeres, sin que medie justificación objetiva alguna, recibían cartas de comida diferenciadas de las de las que se les entregaba a los hombres, (éstas últimas con precios, mientras que las de las mujeres no) incurriendo así en una práctica discriminatoria.

A consecuencia de ello, se dispuso lo siguiente:

1. Declarar fundada la denuncia interpuesta por ACIP en contra de la Rosa Náutica.
2. Sancionar a la misma con una multa de 50 Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, “UIT”).
3. Omitir la entrega de cartas sin precios a todas las mujeres.
4. Capacitación continua a el personal de la Rosa Náutica en temas relacionados a la no discriminación (implicancias y cómo prevenirla).

Para cerrar este capítulo, es importante resaltar que, en el tiempo en que se desencadenaron los hechos descritos anteriormente, la concientización sobre la igualdad y la no discriminación se presentaba en su máximo esplendor. Un gran ejemplo de lo mencionado, fue la marcha “Ni una menos” donde miles de personas marcharon en favor del derecho a la igualdad.

4 Identificación de los Problemas Jurídicos.

4.1 ¿Cuándo se puede afirmar que el trato diferenciado es configurado como discriminación?

Ante los hechos descritos líneas anteriores, surge la incógnita en torno a si el trato diferenciado que infringía la Rosa Náutica sobre las mujeres al entregarles cartas distintas (con respecto al precio y el color) configurarían un acto discriminatorio.

En consecuencia, en este punto analizaremos los conceptos de igualdad, discriminación, trato diferenciado lícito y trato diferenciado ilícito, ya que éstos se encuentran estrechamente ligados y son de fundamental comprensión para un correcto análisis; así como también, desde qué momento el trato diferenciado se torna en un acto de discriminación.

Pues bien, todos somos conscientes de que, naturalmente, existe el derecho a la igualdad, ya que, de lo contrario, la convivencia con los demás seres humanos sería difícil y hasta imposible, dando como resultado, arbitrariedades e injusticias sin límite alguno. Un ejemplo de ello, es el derecho a la salud, el cual se fundamenta en la dignidad de toda persona, siendo además un requisito para el disfrute de otros derechos.

Sin embargo, reconocer que existe el derecho a la igualdad no significa que todos somos iguales, ya que cada persona es distinta. No obstante, en algunos aspectos debemos compartir características similares, motivo por el cual se aplica el principio de igualdad.⁴

Pero, entonces, ¿qué significa o qué implica el derecho a la igualdad?

El Derecho a la igualdad se encuentra consagrado en la Constitución Política del Perú del año 1993. En ese sentido, la Constitución de 1993 establece lo siguiente:

“Artículo N° 2.2.- Toda persona tiene derecho a:

A la igualdad ante la ley”(…) ⁵(el subrayado es nuestro).

⁴ <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminación+en+el+Perú/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094> - Consulta: 12 de mayo de 2022.

⁵ http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_per_const_sp.pdf - Consulta: 12 de mayo de 2022.

Asimismo, el Tribunal Constitucional (en adelante, el “TC”) de nuestro país también se ha pronunciado al señalar que la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es un principio:

[...] “Principio, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre el ordenamiento jurídico. Y, derecho fundamental, porque constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, es decir, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a todo destinatario”⁶.

Tras lo expuesto, la igualdad sería un principio, toda vez que éste es la base o fuente guía de nuestro ordenamiento, en consecuencia, determina la realización de un fin jurídicamente relevante. La igualdad al ser un principio, ostenta distintas funciones, entre ellas, la función integradora y la función informadora en nuestro ordenamiento. Mientras, que al ser un derecho, todos los seres humanos son titulares de éste, siendo oponible así frente a terceros. Es así, pues, que la igualdad es un derecho fundamental inherente a toda persona, ya que es primordial para que todos los seres humanos subsistan, así como para la convivencia con los demás.

No obstante, es importante resaltar que el derecho a la igualdad no es un derecho que debe interpretarse como absoluto, esto, toda vez que no todo trato diferenciado es ilícito o configura afectación alguna al derecho motivo de análisis.

Por ejemplo, una persona que presenta una discapacidad física y asiste a una entidad bancaria y se le da pase preferencial, está recibiendo un trato diferente, pero éste obedece a un trato justificado. Es por ello, que se debe analizar cada caso concreto para determinar cuándo aquellos tratos diferenciados son arbitrarios al carecer de justificación razonable y proporcional⁷.

⁶ Fundamento jurídico Nro. 20 de la Sentencia del 29 de octubre del 2005, emitida en el Expediente Nro. 045-2004-PI/TC.

⁷ Eguiguren Praeli, F. “Principio de Igualdad y Derecho a la no Discriminación” (Vol. Nro. 65). Lima: IUS ET VERITAS.

El Tribunal Constitucional también ha manifestado a lo largo de numerables sentencias, que el derecho a la igualdad no puede ser entendido literalmente, esto toda vez que el mismo no consiste en la facultad de las personas para exigir que todos obtengamos el mismo trato, sino que, lo que protege este derecho es que las personas que se encuentran en una misma situación no sean tratadas de manera distinta⁸.

Es así, que, volviendo al ejemplo de la persona discapacitada que asiste a una entidad bancaria y se le da pase preferencial, está recibiendo un trato diferente, el cual vendría a ser un trato diferenciado lícito.

Por ello, no todos los tratos diferenciados serán lícitos, ya que se tendrá que analizar cada caso en concreto, examinando las causas por las que se ha hecho tal distinción y verificar si la finalidad de esa distinción de trato fue razonable y objetiva, sino, de lo contrario estaríamos frente a un trato ilícito o un acto de discriminación.

Por lo tanto, el derecho a la igualdad es reconocido como un derecho humano, inherente a toda persona humana, cuyo respeto es impostergable, irrenunciable, indisponible e incuantificable⁹

Asimismo, la lectura de estas normas, nos lleva a un nuevo concepto, el cual se encuentra estrechamente ligado al anterior: el concepto de discriminación. Conforme a lo expuesto por el autor Pachas, la discriminación se puede interpretar en dos sentidos: amplio y estricto, el primero se manifiesta cuando se trata diferente a los iguales, mientras que el segundo alude al trato diferenciado, ya sea a una persona o grupo por motivos, los cuales serían prohibidos, como por ejemplo, el sexo.¹⁰

⁸ Fundamento Jurídico No 7 de la Sentencia No del 01 de julio 2009, emitida en el Expediente No 03843-2008-PA/TC.

⁹ <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminación+en+el+Perú/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094> - Consulta: 12 de mayo de 2022.

¹⁰ <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7918/Libro%20UNA%20MIRADA%20GL%20OBAL%20A%20LA%20DISCRIMINACIÓN%20EN%20EL%20CONSUMO-Jurisprudencia%20del%20Indecopi%20%28Versión%20Digital%29%20%281%29.pdf?sequence=2&isAlloved=y> - Consulta: 29 de julio de 2022.

Cabe mencionar, que el Perú se encuentra adherido a los tratados de Derechos Humanos, en consecuencia, deberá garantizar la inexistencia de cualquier trato discriminatorio. Es decir, está obligado a respetar y proteger el derecho a la igualdad y no discriminación¹¹. En ese sentido, el artículo Nro. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 señala de manera concisa que ante la ley y sin distinción alguna, todos los seres humanos somos iguales, de tal manera que el ordenamiento se encuentra obligado a protegernos contra cualquier acto discriminatorio.

Por otro lado, el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo N° 26, avala lo antes expuesto, al establecer que todos los seres humanos son iguales ante la ley, razón por la cual ésta debe ostentar protección a toda persona de manera equitativa. Al mismo tiempo, proscribire la discriminación en razón a cualquier motivo prohibido.

Asimismo, la Constitución Política del Perú, no sólo se limita a reconocer el derecho de igualdad de todos los seres humanos ante la ley, sino que, acto seguido agrega:

Artículo 2.2.- Toda persona tiene derecho a:

[...] “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

Por lo expuesto, se puede apreciar que, no sólo se encuentra el Derecho a la igualdad consagrado en nuestra Constitución de 1993, sino que también prohíbe todo acto de discriminación, estableciendo así, los motivos prohibidos a tomar en cuenta, ya que los mismos constituyen un agravante al afectar el derecho a la igualdad.

Por lo tanto, la discriminación es la vulneración agravada del derecho a la igualdad. Discriminar implica tratar de manera desigual a las personas por motivos específicos

¹¹<https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7918/Libro%20UNA%20MIRADA%20GL%20OBAL%20A%20LA%20DISCRIMINACION%20EN%20EL%20CONSUMO-Jurisprudencia%20del%20Indecopi%20%28Versión%20Digital%29%20%281%29.pdf?sequence=2&isAllowed=y> - Consulta: 29 de julio de 2022.

y reprochables para la sociedad, como origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión y condición económica, entre otros¹² (el subrayado es nuestro).

Asimismo, la Defensoría del Pueblo en el Documento de Trabajo N° 2, denominado “La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes”, establece que tienen que concurrir 3 hechos para que se de un trato discriminatorio, los cuales exponemos a continuación

1. En relación al trato diferente

Refiere a la persona o grupo de éstas tratadas de manera distinta, ya sea a favor o en contra, en relación a otro grupo o persona.

2. Motivo prohibido

Razón por la cual se ha llevado a cabo el trato diferente a las personas o a un grupo conformado por éstas.

3. Objetivo/resultado

Menoscabo o exclusión de derechos de quien recibe el trato diferenciado. En concordancia con este último punto, Renata Bregaglio afirma que el trato distinto basado en los motivos prohibidos, tenga como consecuencia el restringir o menoscabar los derechos de los excluidos (Bregaglio 2016:78).

Por lo tanto, se configurará un acto discriminatorio cuando exista: a) trato diferenciado, b) el trato se haya originado en razón de un motivo prohibido y; c) a consecuencia de ello, se produzca una vulneración de los derechos de las personas.

En concordancia con lo expresado anteriormente, el principio de igualdad de trato, exige que cuando median diferencias, éstas persigan una finalidad legítima, la misma que sea justificada y razonable. Por lo tanto, el acto discriminatorio no se configurará únicamente con la desigualdad de trato, ya que hemos evidenciado, mediante un ejemplo claro, que existen tratos diferenciados, los cuales son justificados y razonables, y son denominados como tratos lícitos.

¹² <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27899.pdf> - Consulta: 1 de julio de 2022.

En esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos respalda nuestro argumento, al señalar que no todo trato es discriminatorio:

“(...) Existen, algunas desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones sean contrarias al ordenamiento (...). De ahí que pueda afirmarse que no existe discriminación en toda diferencia de tratamiento frente al individuo” (El subrayado es nuestro).¹³

Para cerrar este apartado, se puede concluir que para que se configure discriminación, es necesario que la razón por la que se vulnere el derecho a la igualdad se base en uno o más motivos prohibidos.

Por lo tanto, no todo trato diferenciado será ilícito, ya que el principio de igualdad deberá entenderse sobre la premisa de que los que se encuentran en igualdad de condiciones deberán ser tratados de igual manera. Por ello, puede concluirse que no todo trato diferenciado vulnerará el principio de igualdad, ya que para que ocurra esto, el trato diferenciado ilícito no debe responder a causas objetivas ni razonables.

Yendo de menos a más: existen tratos diferenciados lícitos cuando éstos obedecen a motivos justificados y razonables, mientras que los tratos diferenciados ilícitos responden a motivos injustificados y subjetivos, pero estos motivos no pertenecen a los motivos prohibidos y habrá discriminación cuando se produzca el trato diferenciado ilícito más el factor agravante que es que sea a causa de los motivos prohibidos, afectando los derechos de las personas y menoscabando la dignidad de las mismas.

Entonces, el derecho a la igualdad contiene la obligación de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, configurándose así el trato diferenciado lícito, mientras

¹³ Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984: “Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionada con la Naturalización”, Párrafo 57.

que el mandato de no discriminar incluye el requisito de que la diferenciación no sea generada por un motivo prohibido.

Debemos recordar que, siempre podrá haber tratos diferenciados, los cuales no sigan el principio de igualdad, pero a pesar de ello, serán lícitos, siempre y cuando haya de por medio un motivo razonable y objetivo que lo avale.

4.2 Al entregar cartas diferenciadas por motivos de sexo, ¿la conducta del restaurante la Rosa Náutica S.A podría calificarse como discriminatoria hacia las mujeres según lo establecido por el Código de Protección y Defensa del Consumidor?

La discriminación se presenta de diversas formas. Es por ello, que con el andar del tiempo estas prácticas se extienden cada vez más, sobretodo escondiéndose bajo la irrazonable excusa de interrelacionarse y comunicarse entre las personas.¹⁴

En consecuencia, la discriminación también se manifiesta durante el consumo, en las relaciones que se forjan entre consumidores o usuarios y proveedores en un mercado: cuando una persona quiere acceder a un producto o un servicio ofrecido por un proveedor —empresa, empresario, negociante— y a cambio obtiene negativa, rechazo, obstaculización o maltrato por razones injustificadas y específicamente relacionadas a su raza, sexo, orientación sexual, origen, idioma, condición socioeconómica, credo y opinión política. Acá se detecta discriminación en el consumo, sin importar si el afectado es solo una persona o si pertenece a un grupo mayoritario o minoritario¹⁵ (el subrayado es nuestro).

En esa misma línea, la discriminación se encuentra prohibida por el Código, el cual establece en su artículo N° 1 lo siguiente:

“Artículo 1.- Derecho de los Consumidores

¹⁴ <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4973> - Consulta: 18 de junio de 2022.

¹⁵ ídem

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

En este artículo se puede evidenciar, que se hace referencia expresa a los motivos prohibidos, los cuales, como se explicó anteriormente, son los agravantes para que se produzca el acto discriminatorio.

Ahora bien, el artículo N° 38, inciso 1 del Código, también hace referencia a la discriminación, mencionando una vez más, los motivos prohibidos:

“Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores.

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

Mientras que, el inciso 3 del mismo artículo, hace referencia al trato diferenciado en el consumo, precisando que todo trato diferente a los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables:

38.3 “El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente.(...)” (El subrayado es nuestro).

Como se puede evidenciar, para la Sala de Protección y Defensa del Consumidor, la norma antes descrita tenía dos tipos de prohibición:

1. La prohibición de discriminación en el consumo, la cual se constataba al no aplicar 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.

2. La prohibición del trato diferenciado ilícito en razón a la selección de clientela, exclusión de personas u otras prácticas similares cuando no mediaban razones objetivas y justificadas, respondiendo así a conductas arbitrarias¹⁶.

Asimismo, diversas resoluciones de Indecopi han expuesto que la discriminación ocurre cuando no se aplican las mismas condiciones a consumidores que se encuentran en situación de igualdad, es decir cuando no existe una razón objetiva que justifique el trato diferenciado¹⁷ y que, ésta afecta también la dignidad de los seres humanos, socavando las condiciones elementales para el desenvolvimiento de la vida en sociedad.¹⁸

A diferencia del trato diferenciado ilícito, la discriminación con respecto a las relaciones de consumo se encuentra estrechamente relacionada a los motivos prohibidos. Sobre ello, Renata Bregaglio afirma que el acto discriminatorio responde a una conducta arbitraria impuesta a un grupo o persona, conducta la cual se apoya en un motivo prohibido, mientras que el trato diferenciado ilícito, responde a un trato arbitrario distinto - y desigual frente a la ley), pero en éste, la diferenciación no se produce en base a un motivo prohibido. (Bregaglio 2016: 80)

Por lo expuesto, se puede evidenciar que la diferencia entre trato ilícito diferenciado y discriminación en el consumo radica en que el trato ilícito diferenciado tiene como fundamento un motivo de característica subjetiva, sin la necesidad de que medie un motivo prohibido como elemento adicional, mientras que la discriminación en el

¹⁶<https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7918/Libro%20UNA%20MIRADA%20GL%20OBAL%20A%20LA%20DISCRIMINACIÓN%20EN%20EL%20CONSUMO-Jurisprudencia%20del%20Indecopi%20%28Versión%20Digital%29%20%281%29.pdf?sequence=2&isAllowed=y> - Consulta: 13 de junio de 2022.

¹⁷ Resolución No 1029-2007/TDC-INDECOPI.

¹⁸ Resolución No 551-2011/ILN-CPC

consumo sí deberá contar con uno o más motivos prohibidos al momento de realizar el trato diferenciado entre los consumidores. En concordancia con lo anterior, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual señala lo siguiente:

17.- “El Código señala que los tratos diferenciados, sin llegar a ser discriminatorios, pueden resultar conductas ilícitas, bajo las siguientes modalidades: seleccionar clientela, excluir personas y otras prácticas parecidas, cuando hayan de por medio argumentos subjetivos e injustificados (...)”¹⁹.

Cabe resaltar que el trato diferenciado ilícito nació en mérito a la resolución N° 421-2008/SC2-INDECOPI, en la que se agregó el criterio adicional (motivo prohibido) para poder determinar cuándo se realiza la discriminación en el consumo:

12.- “(...) Se configurará un acto de discriminación en consumo cuando se advierta que el consumidor pertenece a un grupo determinado, caracterizado por una preferencia sexual, raza, sexo, idioma específico –entre otros– en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución y que, en merito a dicha condición es que se le ha negado la prestación de un servicio o la adquisición de un producto”

Sin embargo, a pesar de evidenciar que Indecopi reconocía la diferenciación entre discriminación en el consumo y el trato ilícito diferenciado, en la actualidad este criterio ha cambiado, toda vez que ya no son reconocidos como dos conceptos distintos, sino por el contrario, como un mismo tipo infractor: discriminación en el consumo. Dicha modificación se dio con la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI, con la cual se establece que el artículo N° 38 del Código únicamente reconoce una figura jurídica, la misma que abarca cualquier tipo infractor que vulnere al derecho de igualdad, siendo la discriminación en el consumo y/o el trato ilícito diferenciado un mismo concepto.

¹⁹ Resolución No 0113-2013/SPC-INDECOPI

Indecopi alega que la unificación de ambos conceptos como un solo tipo infractor es en respuesta a que el artículo N° 2 de la Constitución y el N° 38 del Código no hacen una diferenciación normativa entre trato diferenciado y discriminación, en consecuencia, al no existir ésta de manera expresa en la norma, han resuelto que ésta no existe, sino más que un solo tipo infractor.

Al respecto, consideramos que el nuevo criterio es inadecuado, toda vez que la discriminación no debería ser alejada de los motivos prohibidos, ya que se le quita el debido reconocimiento a los mismos, desnaturalizándose así su propósito. Asimismo, se pueden asignar culpas erróneas, entre los proveedores que puedan ser acusados por cometer discriminación, cuando en realidad son tratos ilícitos diferenciados, que no llegan a afectar la dignidad de las personas al no incluir ninguno de los motivos prohibidos en su actuar.

Asimismo, es importante mencionar, que el Código califica la discriminación en el consumo como una infracción administrativa y, por ello el Indecopi, por propia iniciativa o por denuncia del consumidor afectado o de una asociación de consumidores (como es el caso de análisis), puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra la entidad involucrada, estando éste facultado para ordenar el cumplimiento de medidas correctivas e imponer multas de hasta 450 UIT.²⁰

Respecto a lo mencionado líneas antes, la incógnita radica en, ¿a quién le corresponde la carga de la prueba dentro de este procedimiento administrativo sancionador?

Con respecto a la carga probatoria, el Código establece en su artículo N° 39 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

²⁰ Arts. 107, 110 y 114 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

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”.

En ese sentido, en caso se acredite trato diferenciado por parte del proveedor hacia el consumidor, el proveedor deberá acreditar causa objetiva y razonable sobre el trato en el que ha incurrido con respecto al consumidor. Por lo tanto, la carga de la prueba quedaría invertida, hecho que se conoce en nuestro ordenamiento jurídico como: prueba dinámica, con la cual el principio de la carga de la prueba o carga de alegación de prueba, corresponde a quien alega un hecho.²¹

Tras lo expuesto, se puede concluir que la conducta de la Rosa Náutica sí podría calificarse como discriminatoria, toda vez que ejerció un trato diferenciado (ilícito) al entregar cartas azules con precios a los hombres, mientras que a éstas se les entregó cartas amarillas sin precios por el hecho de ser mujeres. Ésta última característica vendría a ser el factor agravante, ya que la diferenciación de trato fue por razones de sexo, siendo éste un motivo prohibido, el cual atenta no únicamente contra la dignidad de las mujeres, sino, en general, a los colectivos al que éstas pertenecen, ya que como se expondrá más adelante, a lo largo del tiempo sus derechos han sido vulnerados por ser consideradas inferiores por prejuicios sociales.

4.3 ¿Es posible afirmar que la denominada “etiqueta” en el servicio por parte del restaurante La Rosa Náutica S.A. como parte de un ambiente de romanticismo, forma parte de la costumbre?

Otro punto a analizar, igual de importante que los demás, son las razones que llevarían a cometer a la Rosa Náutica este acto de discriminación. ¿Cuál fue la lógica que utilizó este restaurante?

²¹ <https://www.el-terno.com/entrevistas/la-aplicacion-de-la-carga-dinamica-de-la-prueba-en-el-peru.html> - Consulta: 24 de mayo de 2022.

Según los argumentos señalados por la Rosa Náutica, ésta afirma que su intención no fue cometer actos discriminatorios, ya que, si bien es cierto, realizó tratos diferenciados entre hombres y mujeres al entregar a éstas últimas cartas de color diferente y omitiendo los precios, éstos tratos se fundamentaban en supuestas acciones positivas: lo que buscaba la Rosa Náutica era tener para con las mujeres actitudes más atentas, o como ellos mismos lo describen: enaltecerlas y generar un ambiente romántico ²².

No obstante, la discusión sobre el caso en particular va mucho más allá de lo señalado por la Rosa Náutica: el trato diferenciado, trato que el denunciante alegó como un acto discriminatorio.

Conforme a lo argumentado por la Rosa Náutica, la razón del trato diferenciado entre hombres y mujeres, se basa en un “ambiente romántico”, sin embargo, la percepción del significado de este término es íntegramente subjetivo, en consecuencia, puede ser entendido de diversas maneras, conforme a cada persona. Un claro ejemplo, es el caso de las personas mayores, las cuales nacieron y se desarrollaron en otra época, época en donde halagar a la mujer y la “caballerosidad” eran sinónimos de darle un trato diferente. En el caso de las parejas, específicamente, era recurrente que éstas consideren romántico tener tratos muy distintos con las mujeres, incluso pensando que era un gesto, el cual, a mi criterio, es parte de la buena educación.

Pues bien, éste es el argumento que utiliza la Rosa Náutica, el carácter “romántico”, un sinónimo de halago por parte de los hombres hacia las mujeres, ya que al no poder éstas últimas, contar con la información de los precios, pasarían una velada muy agradable, sin preocuparse por el monto de lo consumido tras los servicios ofrecidos por el restaurante. En consecuencia, ¿El -tratar- de propiciar un ambiente romántico es una justificación válida para ejercer, en este caso sobre las mujeres, un trato diferenciado?

Si bien es muy importante comprender que las personas mayores tienen distintas formas de pensar y tienen gestos “especiales” para con las mujeres, como, por

²² <https://laley.pe/art/8702/indecopi-esta-es-la-resolucion-que-mucho-a-la-rosa-nautica-por-discriminar-a-mujeres> - Consulta: 23 de mayo de 2022.

ejemplo: pagarles la cuenta de un almuerzo o cena, retirarles la silla para que puedan sentarse o abrirles la puerta del auto, entre otros, es sumamente importante considerar que han surgido grandes cambios a lo largo del tiempo.

A comparación de otras épocas, donde la mujer era vista como sinónimo de debilidad, hoy en día ésta es mucho más independiente, empoderada, se vale por sí misma e incluso cada vez más está logrando desarrollar un papel más importante dentro de nuestra sociedad, lo cual antes no existía, ya que la mujer al lado del hombre era relegada. Es así, que con el pasar del tiempo y sobre todo, con mucho esfuerzo, la mujer del siglo XXI es una mujer libre en búsqueda de reivindicación y empoderamiento femenino.

Por otro lado, cabe mencionar que la ley, doctrina y jurisprudencia y en efecto, la costumbre, son fuentes del derecho, es decir, hechos jurídicos por los cuales, en virtud del ordenamiento jurídico, se crean, modifican o extinguen normas jurídicas válidas (Rojas 2018: 48). Sin embargo, la pregunta que compete analizar en este informe es si el comportamiento de la Rosa Náutica podría ser considerado como parte de la costumbre jurídica.

Pues bien, a continuación, se pasará a analizar los tres requisitos para que se configure la costumbre jurídica, los cuales son: 1. El Uso Generalizado, 2. La Antigüedad y 3. Conciencia de obligatoriedad.

1. Sobre el Uso Generalizado:

Es evidente, que la práctica ejercida por el Restaurante, no es una práctica generalizada en todo el país. Sin embargo, estaríamos frente a una a una “costumbre especial” caracterizada por regirse entre grupos humanos que se particularizan por determinadas situaciones o características que los individualiza en relación con los otros sujetos que conviven en la sociedad (Rubio 2009:). En relación a lo mencionado por Rubio, puede evidenciarse que el trato diferenciado ejercido sobre las mujeres, es un trato específico, el cual ocurre únicamente en determinadas circunstancias, las mismas que se atribuyen a cuando un hombre tiene una pareja o en general una acompañante mujer a la que quiere demostrar que es especial, por lo que debe tener

un comportamiento caballeroso, no obstante, como se evidenció líneas precedentes, los tiempos han cambiado, siendo que este trato ya no corresponde a la generación actual, generación a la que los proveedores deben adecuarse para brindar un servicio idóneo.

2. Sobre la Antigüedad en el Comportamiento:

El acto de ser galante y caballeroso por parte de los hombres, son actos que formaron parte de la educación de los mismos desde siglos atrás, según el libro “La Galantería Española” estos comportamientos datan desde el año 1948.²³ Sin embargo, muchas personas siguen desarrollando este tipo de prácticas -desfasadas-, quienes se distinguen por pertenecer a la tercera edad, por lo mismo que recibieron ese tipo de educación.

3. Sobre la Conciencia de Obligatoriedad:

Este requisito no se cumple, pues únicamente se trata de gestos utilizados en determinadas circunstancias para agradar y deslumbrar a una mujer, por ende, ningún hombre se encuentra obligado a hacerlo.

En consecuencia, éste último punto nos lleva a una nueva incógnita, ya que, si bien este tipo de comportamiento no es obligatorio para los hombres en general, ¿lo es para los hombres que laboran en ciertas áreas, como en este caso, el área de servicio?

Alrededor del mundo, existen escuelas especializadas en turismo y gastronomía, donde, entre los ítems de enseñanza, hay uno denominado: “Técnicas de servicio”, éstas varían según las características de cada restaurante. Es así que en nuestro país contamos con la reconocida escuela de gastronomía denominada “Le Cordon Bleu Perú”. En el material de estudios de la misma, se indica que retirar las sillas al momento de sentarse un comensal, es sinónimo de buena atención, trato y elegancia.

²³https://books.google.com.pe/books?id=dzGj03QSoOOC&pg=PA97&lpg=PA97&dq=cuando+nace+la+galanter%C3%ADa&source=bl&ots=HVWVWXB4W-g&sig=ACfU3U08-t0jdPT35S7QIKCEfp_3g_N8XA&hl=es&sa=X&ved=2ahUKewjaidTht9jwAhXIGrkGHfzwAjYQ6AEwEnoECB4QAw#v=onepage&q=galanter%C3%ADa&f=false - Consulta: 5 de junio de 2022.

Por otro lado, explica detalladamente que, al momento de atender las mesas, un anfitrión procederá a ordenar los platillos de los invitados, de lo contrario, la atención comenzará con las mujeres o cualquier persona que se encuentre al lado derecho del anfitrión.

En consecuencia, si bien este tipo de enseñanzas son fomentadas por parte de escuelas e institutos, sigue siendo una práctica discriminatoria, ya que, en ninguna ocasión, las escuelas o institutos enseñan a omitir precios en las cartas para las mujeres, asimismo, son prácticas que deben ir modificándose junto con los cambios que presenta nuestra sociedad.

Los métodos de enseñanza -así como lo que se enseña- no deben quedarse estáticos, deben ser cambiantes, sobre todo si es a favor de un grupo de personas que han sido vulneradas a lo largo de la historia. No se debe olvidar que el derecho no debe avalar prácticas estereotipadas, toda vez que no hay justificación alguna para actitudes que fomenten los tratos diferenciados entre hombres y mujeres, ya que tales comportamientos son errados, constituyéndose así discriminación en base al sexo.

Si bien la Rosa Náutica se basa en los elementos descritos para fomentar el “ambiente de romanticismo”, éstos no son adecuados para justificar el trato diferenciado ejercido sobre las mujeres.

Asimismo, es cierto que todavía existen algunos hombres que practican los comportamientos mencionados, como parte de su formación, los cuales obedecen a prácticas que están sometidas a constantes cambios generacionales y, por tanto, los proveedores deberían adaptarse a los mismos para brindar un servicio idóneo.

Por lo tanto, la Rosa Náutica no debería quedarse paralizada en el tiempo, sino evolucionar positivamente y como parte de los servicios que brinda, actualizarse e ir en paralelo con los cambios que la sociedad impone y, sobre todo si es a favor de un grupo de personas que por tanto tiempo ha sido invisibilizadas, respetarlos.

Finalmente, considerar que en caso los hombres deseen tener gestos especiales y/o de “caballerosidad” para con las mujeres, es decisión exclusiva de ellos. En

consecuencia, el hecho que la Rosa Náutica realice tratos diferenciados al entregar a las mujeres cartas sin precio y de diferente color a las de los hombres sería una decisión arbitraria por parte del mismo, ya que cada pareja tiene maneras distintas de relacionarse, maneras que el restaurante no puede deducir basándose en prácticas obsoletas en el tiempo o por último contaban con la opción de preguntar a los hombres y mujeres con qué dinámica deseaban contar, si efectivamente deseaban adquirir cartas diferentes o de lo contrario, iguales.

4.3.1 ¿Cuándo la costumbre colisiona con el Derecho?

Conforme a la Teoría General del Derecho, la costumbre presenta 3 categorías: Secundum legem: Es la costumbre que va conforme a la ley, Praeter Legem: Sociedades que no están regidas por la ley, donde solo existe la costumbre y Contra Legem: Como su nombre mismo lo dice, costumbre que va en contra de la ley. No obstante, de estas 3 categorías son únicamente fuentes del Derecho la costumbre secundum legem y la costumbre praeter legem, es decir, la costumbre que va en contra de la ley queda excluida, ya que colisiona con la misma²⁴.

En ese orden de ideas, no sería fuente del derecho la costumbre que va en contra de la ley, en ese sentido, al haber normativa pertinente que regula el derecho a la igualdad y no discriminación, la costumbre -de antaño- con la se demostraría un trato “galante” y “caballeroso” -según argumentos expuestos por la Rosa Náutica- hacia las mujeres, lo único que estaría haciendo, es ir en contra del ordenamiento jurídico, tratando, que actos lesivos se asolapen como fuente del derecho.

Asimismo, queda evidenciado lo explicado líneas arriba, ya que luego de un extenso análisis relacionado a algunas prácticas normalizadas en nuestro país por un grupo de personas – en su mayoría, personas de generaciones anteriores- se han podido evidenciar prácticas reiterativas que vulneran los derechos de las mujeres. No obstante, éstas no han sido materia de sanción, ya que el Tribunal Constitucional consideró que las personas tienen perspectivas diferentes de la realidad, debido a diversos factores (como ya se mencionó antes, la educación).

²⁴ <http://articulos.ghersi.com/2011/08/la-costumbre-como-fuente-del-derecho/> - Consulta: 2 de julio de 2022.

Es así, que se podría afirmar que existe tolerancia a comportamientos susceptibles a la vulneración de derechos (costumbre contra legem) en caso haya aceptación por parte de un grupo de personas, en caso éstas afirmen que la vulneración no les afecta. Pero, la duda radica en: ¿Por qué aceptar y conformarse con una práctica que afecta a terceros -por más que sea aceptada por un grupo- y no cambiarla en pro de que las siguientes generaciones se desarrollen en un mundo más equitativo? Esperamos que el Tribunal Constitucional se reivindique con un pronunciamiento más idóneo.

Para evidenciar lo antes expuesto, se realizó una encuesta a 500 (quinientas) personas de diferentes edades, la pregunta que se realizó fue si se consideraban correctas las practicas realizadas por la Rosa Náutica: los entrevistados más jóvenes respondían que no existía razón objetiva alguna para hacer diferenciaciones, incluso, manifestaban que las mujeres poseen hoy en día, al igual que los hombres, capacidad económica para realizar pagos, mientras que las personas “mayores” consideraban éstas prácticas como un halago a la mujer, siendo no una práctica discriminatoria, ya que veían cotidiano dentro de la sociedad que los hombres paguen los consumos de las mujeres.

Tras lo expuesto, se puede afirmar que un factor importante es la aceptación por parte de la mayoría y/o grupo de seres humanos que realiza estas prácticas, factor erróneo, ya que estaríamos frente a una costumbre que va en contra de la ley, así como también, de lo que se trata es transformar estas prácticas incorrectas y no seguir las realizando a favor de las siguientes generaciones.

4.4 ¿Se configura como afectación a la dignidad de la persona la negación u omisión parcial de información por parte del restaurante La Rosa Náutica S.A.?

Como se ha mencionado a lo largo de este informe, la Rosa Náutica habría realizado un trato discriminatorio basado en un motivo prohibido, el sexo. Pues bien, ahora toca abordar el problema que originó el acto discriminatorio: la omisión parcial de información – se consignaba en las cartas de las mujeres la información de la comida, más no de los precios-, ya que, si bien las cartas entregadas a los consumidores no

tenían precios, éstos podían verse a la entrada del local. En consecuencia, el objetivo de análisis de este problema consiste en descifrar qué tan lesiva resultó esta omisión, ya que el precio formaría parte del derecho a la información, vulnerando así otros derechos, - como el de la dignidad- a causa de un trato de discriminación en el consumo.

Ahora bien, la importancia de la dignidad se encuentra explícitamente en la Constitución, toda vez que: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado ²⁵. En ese sentido, cabe afirmar que la Constitución del Perú coloca a la dignidad como base de otros derechos de los seres humanos, siendo, como afirma Landa, “un principio de interpretación de toda norma constitucional y legal” (Landa 2017:19).

Por otro lado, la Constitución del Perú también establece el derecho a la información, toda vez que establece en su artículo N° 65 lo siguiente:

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

A su vez, el artículo N° 1, inciso b) del Código dispone lo siguiente:

“Artículo 1.b.- Derecho a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”. (El subrayado es nuestro).

Conforme al artículo citado anteriormente, el derecho a la información debe ser oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para realizar una adecuada elección de consumo. Estas características son imprescindibles.

²⁵<https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Prensa/heraldo.nsf/CNtitulares2/0b4f6b171dd88c3b05257822006f66a2/?OpenDocument> – Consulta: 28 de junio de 2022.

Ahora bien, con respecto a las características antes descritas, si bien la Rosa Náutica cumple con brindar información suficiente y veraz, ya que no ha brindado información engañosa, ni ha ocultado información sobre su negocio, lo que estaría en duda sería la relevancia, así como el que haya brindado información oportuna y de fácil acceso.

Es así que, centrándonos en las relaciones de consumo, para determinar si la información es relevante, lo que se debe analizar es si la información es determinante en dicha relación, de lo contrario, no será importante.

El derecho a la información garantiza al consumidor el poder elegir y contratar en el mercado de manera libre, toda vez que trata de eliminar la brecha de asimetría informativa con respecto a las relaciones en el consumo. Al encontrarse informado, el consumidor puede tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, sin omisión alguna que sesgue su voluntad o lo induzca a confusión, que lo lleve a un error en su elección.

Es en este contexto, el denunciante alega que, al no brindar una carta con precios a las mujeres en la Rosa Náutica, se estaría afectando la dignidad de las mismas, toda vez que no recibieron la información relevante, oportuna y de fácil acceso, restringiéndoles así, el derecho a su libre elección. Cabe recalcar que, si bien el restaurante no se negó a brindar la información, éste la omitió de manera parcial, ya que en la entrada si se encontraban los precios.

En esa misma línea, el Código establece que:

"Artículo 5.- Exhibición de precios o de listas de precios

5.1 Los establecimientos comerciales están obligados a consignar de manera fácilmente perceptible para el consumidor los precios de los productos en los espacios destinados para su exhibición (...)"

Pues bien, respecto a la oportunidad de la información en las cartas, la Rosa Náutica sí cumplió con lo establecido por el Código al ubicar en su entrada la lista con precios, pero el problema radica en que sólo los precios fueron consignados en ese momento

y luego dentro del restaurante, dicha información fue omitida en las cartas que se les entregaba a las mujeres. Por lo tanto, el tener la carta con precios únicamente fuera del restaurante no es suficiente, debido a que puede causar confusión y, en consecuencia, inducir a error al consumidor, en tanto que es información ambigua, produciéndose así, una afectación a su libertad de elección en el consumo.

Finalmente, sobre el fácil acceso a los precios en la Rosa Náutica, el denunciante afirma que no basta con colocar la lista de precios en la entrada, toda vez que las mujeres tendrían que memorizar los precios de los platillos, lo cual, no sería razonable. Esto tiene sentido, ya que no todas las personas se toman el mismo tiempo para leer las cartas e incluso, tendrían que amontonarse afuera del restaurante para realizar dicha lectura y como consecuencia de ello, no todos alcanzarían a leerlas, lo cual evidenciaría que ello sería inadecuado y poco práctico en un local, el cual, además, es un restaurante distinguido. Asimismo, si los hombres tuvieron acceso en la entrada a la lista con precios, tampoco dentro se les hubiera permitido acceder a la carta con precios, siendo así una situación justa y ante todo, equitativa.

5. Análisis sobre la sanción aplicada

En este capítulo se determinará si la sanción impuesta por la autoridad competente, resulta objetiva y razonable con respecto al caso materia de análisis.

En esta misma línea, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, “la Sala”) expuso lo siguiente:

“Siendo así, este los vocales que suscriben el presente voto consideran que la infracción cometida por la denunciada reviste una naturaleza grave, por lo que corresponde sancionar a la administrada con una multa mínima de 50 UIT y máxima de 150 UIT, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 110° del Código.

Cabe mencionar que, en otras denuncias sobre discriminación la Sala ha impuesto multas de 50 UIT como máximo en atención a la conducta detectada. En ese sentido, en miras de imponer una sanción ejemplar, a efectos de desincentivar que otros proveedores incurran en tan grave infracción, corresponde imponer a La Rosa Náutica una multa de 50 UIT, por incurrir en prácticas discriminatorias por razón de sexo”. (El resaltado es nuestro).

Pues bien, en consecuencia, la pregunta que aquí cabría hacer es: ¿Cuál fue la motivación que tuvo la Sala para imponer la multa de tope más alto, la cual ha sido la más alta hasta el momento con respecto a casos de discriminación?

A continuación, pasaremos a analizar los elementos establecidos en el artículo Nro. 112 del Código, elementos mediante los cuales se determina la multa:

1. En atención al beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción

Según lo desarrollado en el presente caso, no existiría beneficio ilícito alguno determinable por parte del denunciado, toda vez que el beneficio ilícito es el que se percibe o ahorra al proveedor por la comisión de la infracción. Aquí, queda claro, que la infracción no puede ser cuantificada, en tanto la conducta discriminatoria por parte de la Rosa Náutica no conlleva la ganancia o ahorro de un monto en particular. Aquí, la conducta infractora implica la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres en razón a un trato discriminatorio, motivo por el cual el factor del beneficio ilícito no debe ser tomado en cuenta.

2. Sobre la probabilidad de detección de la infracción

Evidentemente, la probabilidad de la detección de la conducta infractora es bastante alta, ya que la práctica realizada por la Rosa Náutica es una práctica reiterada a lo largo de los años dentro del mercado y de manera pública, práctica que fue aceptada en todo momento por el denunciado.

3. El daño resultante de la infracción

Aquí no existe un daño patrimonial, ya que en los casos de afectación de los derechos fundamentales de las personas – en este caso al ser discriminados- el bien jurídico a resguardar es la dignidad de las personas. No obstante, si bien somos de la opinión que sí se han visto afectados los derechos de las mujeres, en torno a que se les puso en una posición de subordinación, la misma que de alguna manera resulta humillante, ésta infracción no se puede cuantificar.

4. Sobre los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado

Si bien hubo una conducta discriminatoria por parte de la Rosa Náutica, se puede considerar que ésta no ha llegado a repercutir fuertemente en los consumidores, ya que ésta práctica era abierta al público como un servicio supuestamente idóneo basado en la costumbre.

5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores

Es cierto, que si bien el Restaurante incurrió en prácticas prohibidas, se puede considerar que no hubo repercusiones mayores que puedan afectar las características antes descritas como para imponer una multa tan alta al denunciado.

Asimismo, la Sala afirmó que, tras haberse declarado fundada la denuncia contra la Rosa Náutica por infracción al artículo Nro. 38 del Código tras incurrir en prácticas discriminatorias, corresponde la imposición de una sanción ejemplar, la misma que se encargue de desincentivar a los proveedores de incurrir en las prácticas antes mencionadas.

Cabe resaltar que este fundamento no tiene asidero alguno para ordenar una multa de tal magnitud, en tanto que la conducta de la Rosa Náutica no fue reiterativa, es decir, según el portar de acceso a los ciudadanos del Indecopi, éste habría sido el único caso presentado en contra de la Rosa Náutica, entendiéndose así, que luego de ser denunciada, en lugar de seguir realizando las mismas prácticas, por el contrario, se habría redimido y presentado un comportamiento adecuado, lo cual podría haberse configurado como un atenuante.

Asimismo, el denunciado en ningún momento tuvo una conducta negativa alguna u obstaculizó el procedimiento administrativo al cual se le sometió. Si bien la Rosa Náutica cometió actos discriminatorios, ésta reconoció la conducta pero no como un acto ilegítimo, pero nunca la contradijo o desconoció.

Finalmente cabe discutir, si la conducta prohibida por parte del Restaurante ocasionó algún riesgo o daño (no patrimonial). Aquí es donde precisamente juega un rol

fundamental la afectación de los derechos fundamentales de las mujeres, siendo la base de estos la dignidad como un factor agravante.

A consecuencia de ello, para la Comisión, el factor determinante para graduar la multa en el caso concreto, es el daño resultante luego de verificarse un acto discriminatorio en el consumo, el cual debe necesariamente asociarse a la afectación al derecho a la dignidad que sufre la persona involucrada en la controversia²⁶.

En esa misma línea, considero que el acto de entregar cartas diferenciadas sin que medie causa objetiva y/o razonable alguna, sí afecta la dignidad de los consumidores, ya que se les puso en un rol de subordinación en razón de su sexo.

Sin embargo, no estoy de acuerdo con el monto de la multa aplicada, ya que como se mencionó líneas antes, hubieron factores atenuantes, ya que en todo momento el Restaurante cooperó y no obstaculizó el proceso en ningún momento.

La propuesta presentada para el caso concreto, hubiese sido que se aplique una multa inferior, dado que los atenuantes no fueron tomados en cuenta al momento de determinar la graduación de la sanción.

No obstante, se estaría causando perjuicio a la Rosa Náutica, ya que habrían consecuencias negativas para ésta, como la afectación de la reputación y prestigio en el mercado, prestigio que ha logrado construir a lo largo de los años con mucho esfuerzo.

Asimismo, los consumidores también se verían afectados, toda vez que habría riesgo de que se produzca escases de competencia en el mercado: las multas son tan altas que para resarcir esos costos tendrían que subir el precio de los productos brindados en el restaurante, es decir, habría un sobre costo en el servicio de restauración o incluso la clausura del local.

²⁶ Resolución final Nro. 1980-2019/CCI

Este tipo de “sanción ejemplar” es desproporcionado también, toda vez que el Código establece expresamente que cuando un proveedor infringe alguna de sus disposiciones, el Indecopi, puede dictar de oficio o a pedido de parte medidas correctivas²⁷ es decir, ordenar la realización de conductas específicas. Dependiendo de la finalidad perseguida, dicha norma distingue entre medidas correctivas reparadoras y complementarias²⁸. Precisamente, esto fue lo que ordenó la Sala al hacer que el Restaurante:

1. Deje de entregar cartas de comida sin precio a las mujeres, debiendo proporcionar un trato equitativo a hombres y mujeres.
2. Se cumpla con realizar una capacitación sobre prevención de discriminación por razón de sexo a los trabajadores de la Rosa Náutica.
3. Colocar un cartel de forma permanente al interior del restaurante, el cual sea visible al público y de fácil acceso, en el cual se indique que esta prohibida toda conducta discriminatoria.

Al establecer estas medidas, ya se les está haciendo un llamado de atención al Restaurante para que tome consciencia de su actuar, ya que de lo relatado a lo largo de este informe, se puede demostrar que el mismo no tuvo mala fe en su proceder, ellos en todo momento aceptaron su actuar, pero viéndolo desde una conducta lícita por los motivos que ya fueron expuestos (la etiqueta, la costumbre, etc.).

Por lo tanto, más que imponer sanciones exorbitantes a los establecimientos, deberían incentivarlos a no volver a cometer este tipo de actos discriminatorios, dándoles oportunidades de resarcir las conducta ilícita, como por ejemplo, ordenando las medidas reparadoras mencionadas, las cuales sí son adecuadas.

En ese sentido, una propuesta interesante, sería lograr que los proveedores acrediten contar con un programa de cumplimiento interno, programa que cumpla con las

²⁷ Artículo 114 del Código de Protección y Defensa del Consumidor

²⁸ <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7918/Libro%20UNA%20MIRADA%20GL%20OBAL%20A%20LA%20DISCRIMINACIÓN%20EN%20EL%20CONSUMO-Jurisprudencia%20del%20Indecopi%20%28Versión%20Digital%29%20%281%29.pdf?sequence=2&isAllowed=y> – Consulta: 30 de junio de 2022.

exigencias del Código, para que así las multas puedan ser aún menores y no afecten la reputación de los locales.

6. Conclusiones

1. Reconocer que existe el derecho a la igualdad no significa que todos somos iguales, ya que cada persona es distinta. No obstante, en algunos aspectos debemos compartir características similares, motivo por el cual se aplica el principio de igualdad. Por lo tanto, no todo trato diferenciado será ilícito o discriminatorio, en atención a ello, se tendrá que analizar cada caso en concreto, examinando las causas por las que se ha hecho tal distinción y verificar si la finalidad de esa distinción de trato fue razonable y objetiva, sino, de lo contrario estaríamos frente a un trato ilícito; y más aún, cuando medie algún motivo prohibido que vulnere el derecho de las personas, estaríamos frente a un acto de discriminación, como la vulneración agravada del derecho a la igualdad.
2. De un análisis completo del caso, se puede concluir que el Restaurante la Rosa Náutica sí cometió actos discriminatorios en razón de sexo -motivo prohibido- al entregar cartas diferenciadas a mujeres, ya que las de éstas no contenían la información con los precios a comparación de la de los hombres.
3. Si bien la Rosa Náutica alegó el trato diferenciado entre ambos sexos, basado en acciones positivas afirmando que lo que buscaba era tener para con las mujeres actitudes más atentas, o como ellos mismos lo describen: enaltecerlas y generar un ambiente romántico, el cual también incluía la caballerosidad del hombre, los tiempos han cambiado, toda vez que las mujeres hoy en día tienen un rol fundamental en nuestra sociedad y ya no son consideradas subordinadas como antes. Es por ello que la costumbre – como también los métodos de enseñanza impartidos en ciertas escuelas- pueden ser modificados en pro del crecimiento de una sociedad más justa y sobretodo equitativa, libre de diferencias, tratos injustificados y discriminatorios.

4. La Rosa Náutica sí habría afectado el derecho de acceso a la información, toda vez que únicamente consignó precios en las cartas consignadas a los hombres. Si bien los precios se encontraban fuera del restaurante como lo indica el Código, el problema radica en que la información correspondiente a los precios fue omitida para las mujeres a comparación de los hombres. En consecuencia, el tener la carta con precios únicamente fuera del restaurante no es suficiente, debido a que puede causar confusión e inducir a error al consumidor, en tanto que es información ambigua, produciéndose así, una afectación a su libertad de elección en el consumo.

5. Sobre la graduación de la sanción, consideramos que ésta fue desproporcionada, toda vez que la Sala no tomó en cuenta los elementos relevantes (atenuantes) al momento de aplicar la multa. Asimismo, creemos que el establecer medidas correctivas, ya es un llamado de reflexión considerable para el Restaurante, ya que de lo expuesto en el presente caso, se puede acreditar que no medió la mala fe, ya que la Rosa Náutica en todo momento aceptó su actuar -errado, pero para ellos adecuado- por los motivos antes expuestos. En consecuencia, más que imponer sanciones altas a los establecimientos, deberían incentivarlos a no volver a cometer este tipo de actos discriminatorios, dándoles oportunidades de resarcir la conducta ilícita, ordenando las medidas reparadoras mencionadas en el capítulo anterior, las cuales sí son adecuadas, ya que de lo contrario estaría en juego la reputación del Restaurante, se estaría desinsentivando la competencia en el mercado e incluso, tras la pérdida de una suma tan alta de dinero, podría llevar a la clausura del local, acciones bastantes desproporcionadas, más aún, cuando a lo largo del proceso la Rosa Náutica siempre estuvo dispuesta a cooperar.

7. Bibliografía

1. Amaya Ayala, L. (2015). Discriminación en el Consumo y Trato Diferenciado Ilícito en la jurisprudencia del Indecopi. Lima: edítalo.pe. Recuperado de: [https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4973/Libro%20Discriminacion%20digital%20pagxpag.pdf?sequence=3&isAllowed=y]
2. Bregaglio Renata. 2015. “El principio de no discriminación por motivo de discapacidad”. En IDEHPUCP. Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Lima: PUCP
3. Comité de Derechos Económico, Sociales y Culturales. (2009). Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Ginebra, 2 de junio de 2009
4. ¿Cuál es el papel de la mujer, hoy en día? El papel que ella quiera. (2013) Recuperado de: <https://gestion.pe/blog/tacosfuertes/2016/03/cual-es-el-papel-de-la-mujer-hoy-en-dia-el-papel-que-ella-quiera.html/?ref=gesr>
5. ¿Cómo han evolucionado los métodos de educación en las últimas décadas? (2019). Recuperado de: <https://www.universia.net/uy/actualidad/orientacion-academica/como-han-evolucionado-metodos-ensenanza-ultimas-decadas-1163178.html>
6. Congreso del Perú (2010). Ley No 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano. Lima: Congreso de la República, 2 de setiembre. Recuperado de: [https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/codigo-de-proteccion-y-defensa-del-consumidor-ley-n-29571-538113-1/]
7. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (2009). Observación general No 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Ginebra.

8. Constitución Política del Perú. Recuperado de:
http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_per_const_sp.pdf

9. Delgado Capcha, Rodrigo (2020). Una mirada global a la discriminación en el consumo. Recuperado de:
<https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7918/Libro%20UNA%20MIRADA%20GLOBAL%20A%20LA%20DISCRIMINACIÓN%20EN%20EL%20CONSUMO-Jurisprudencia%20del%20Indecopi%20%28Versión%20Digital%29%20%281%29.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

10. Defensoría del Pueblo (2009). Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo: - Informe N° 005-2009-DP/ADHPD. Lima.

11. Eguiguren Praeli, F. “Principio de Igualdad y Derecho a la no Discriminación” (Vol. Nro. 65). Lima: IUS ET VERITAS.

12. 5 Ejemplos de Igualdad en la Sociedad. Recuperado de
<https://www.significados.com/5-ejemplos-de-igualdad-en-la-sociedad/>

13. Fundamento jurídico Nro. 20 de la Sentencia del 29 de octubre del 2005, emitida en el Expediente Nro. 045-2004-PI/TC.

14. Fundamento Jurídico No 7 de la Sentencia No del 01 de julio 2009, emitida en el Expediente No 03843- 2008-PA/TC.

15. Higa Silva, C. (2019). Lo que se ve, no se pregunta. Críticas a la carga de la prueba en materia de discriminación en protección al consumidor. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/criticas-carga-prueba-discriminacion-proteccion-consumidor/>
16. TVPerú Noticias. (17 Agosto, 2019). Ni una Menos: cuarta marcha para visibilizar una problemática que sufre el Perú. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=TLX2QOgiYoY]
17. 24 Horas. (19 de octubre, 2019). *Rosa Náutica y cartas diferenciadas: los argumentos para considerarla práctica discriminatoria*. Recuperado de: [https://youtu.be/XuG90IkBftk]
18. Ramos Nuñez, C. (1999). Consideraciones de la costumbre en la doctrina jurídica virreinal. De la valoración clásica a su impugnación moderna. En *La tradición clásica en el Perú Virreinal* (pp. 285- 308). Lima: Fondo Editorial UNMSM, pp: 285- 308. Recuperado de: [https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/libros/historia/trad_clas/consi_costum_doct_jur.htm#:~:text=La%20costumbre%20encarna%20el%20Derecho,un%20poder%20organizado%3A%20el%20Estado.&text=La%20costumbre%20es%20i%20personal%2C%20la,en%20el%20soberano%20de%20turno]
19. Sumaria Benavente, Omar. La Carga Dinámica de la Prueba en el Perú. Recuperado de: <https://www.el-terno.com/entrevistas/la-aplicacion-de-la-carga-dinamica-de-la-prueba-en-el-peru.html>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/GC2

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – SEDE LIMA SUR N° 2

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES INDIGNADOS PERÚ (ACIP)

DENUNCIADA : LA ROSA NÁUTICA S.A.

MATERIA : DISCRIMINACIÓN

ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE RESTAURANTES Y DE SERVICIO MÓVIL DE COMIDAS

SUMILLA: *Se revoca la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por Asociación de Consumidores Indignados Perú (ACIP) contra La Rosa Náutica S.A.; y, en consecuencia, se declara fundada la misma, por infracción del artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que la denunciada entregaba cartas de comida diferenciadas para hombres y mujeres, sin una justificación válida, incurriendo de dicho modo en una práctica discriminatoria. Ello, en la medida que las cartas para los hombres (cartas azules) contaban con los respectivos precios de los platos, mientras que las cartas para las mujeres no contenían tales precios (cartas amarillas).*

SANCIÓN: 50 UIT

Lima, 4 de octubre de 2019

ANTECEDENTES

1. El 23 de julio de 2018, Asociación de Consumidores Indignados Perú (ACIP) (en adelante, la Asociación) denunció a La Rosa Náutica S.A.¹ (en adelante, La Rosa Náutica), por presunta infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código) en los siguientes términos:
 - (i) El 27 de noviembre de 2017, detectó que La Rosa Náutica entregaba a los comensales dos cartas distintas, azul para los hombres y amarilla para las mujeres, siendo que las cartas azules contenían la descripción de los platos ofrecidos y sus respectivos precios, mientras que las amarillas solo tenían la descripción de los platos, pero no los precios;
 - (ii) lo anterior evidenciaba que para La Rosa Náutica las mujeres no tenían derecho a conocer los precios de los productos que expendían, y por ende los únicos que podían saber los precios eran los hombres, quienes se encargarían a su vez de pagar la cuenta;

¹ RUC: 20111035378. Domicilio fiscal en: Vía Costa Verde Espigón Nro. 4 (Circuito de Playas de la Costa Verde) – Miraflores – Lima – Lima.

- (iii) La Rosa Náutica incurrió en un trato diferenciado sin causa objetiva, pues entregó cartas amarillas, sin precio, a las mujeres, por el solo hecho de ser mujeres, aun cuando el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Perú y el artículo 38° numeral 1 del Código prohibían la discriminación por motivos de sexo;
 - (iv) conforme a lo expuesto, la denunciada vulneró los derechos a la igualdad y la vida digna de las mujeres que acudían a su restaurante, por el solo hecho de ser mujeres, que no estaban en la posibilidad de pagar sus cuentas, ni valerse por sí mismas; y,
 - (v) solicitó que La Rosa Náutica fuera sancionada por incurrir en actos discriminatorios contra la mujer por dicha condición; y, además, que se le ordenara a la empresa que se abstuviera de discriminar a las mujeres que acuden a su local, debiendo entregar cartas iguales a todo consumidor. Asimismo, pidió que la denunciada efectuara el pago de las costas y costos del procedimiento.
2. Mediante Resolución 1 del 3 de agosto de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Secretaría Técnica) imputó a título de cargo contra La Rosa Náutica la siguiente conducta:
- “Admitir a trámite la denuncia del 23 de julio de 2018, interpuesta por la Asociación de Consumidores Indignados contra la Rosa Náutica S.A. por presunta infracción al artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el proveedor denunciado pondría a disposición de los consumidores Cartas – Menú de características diferenciadas (la Carta – Menú de los hombres consigna el precio de los productos ofrecidos y la Carta – Menú de las mujeres no) en su local comercial”.*
3. El 11 de setiembre de 2018, La Rosa Náutica presentó sus descargos, alegando lo siguiente:
- (i) Su restaurante contaba con más de 30 años en el mercado peruano, constituyéndose así en un lugar de tradición e historia, considerado por muchos especialistas en el rubro gastronómico como unos de los mejores restaurantes, caracterizado por brindar un servicio de excelencia y de calidad en la atención al cliente;
 - (ii) la estratégica ubicación de su local además de servir para reuniones de negocios, familiares o amicales brindaba un ambiente especial, acogedor y romántico para las celebraciones entre parejas, como por ejemplo, aniversarios, cumpleaños o cualquier otro momento especial para una pareja, siendo de conocimiento público que el local era escogido por muchos de sus consumidores justamente para este tipo de celebraciones, tal como se verificaba en las múltiples opiniones dejadas en su página web;



- (iii) solo en esos casos, su política interna les permitía – a fin de mantener un ambiente romántico y acogedor – proporcionar una carta diferenciada a la mujer y el hombre. Ello, no implicaba ningún tipo de discriminación por sexo ni otro motivo similar, pues únicamente se buscaba enaltecer la posición de una mujer dentro de una pareja, considerando como una forma de halago el hecho de que pueda pasar una velada romántica y agradable sin tomar en cuenta el costo de los servicios;
- (iv) resultaban inadmisibles e infundadas las afirmaciones de la parte denunciante, pues su postura de ninguna manera implicaba una discriminación a sus comensales del sexo femenino, sino todo lo contrario;
- (v) existían otros supuestos en los cuales a todos los clientes de una mesa se les entregaba la misma carta (con precios), como era el caso por ejemplo de reservas realizadas por un grupo conformado exclusivamente por mujeres, o reservas de grupos integradas por personas de ambos sexos, en los cuales se advirtiera una relación de amistad o laboral, es decir no relación de pareja;
- (vi) la diferenciación que se realizaba en aplicación de sus políticas internas no constituía un acto de discriminación por motivo de sexo, pues no se les brindaba a las mujeres una carta sin precios por el solo hecho de ser mujer, sino en atención a la situación en particular, que guardaba relación con el ambiente romántico que se pretendía brindar como un distintivo de su servicio;
- (vii) sobre la aplicación de políticas internas, existían pronunciamientos en los cuales se señalaba que el hecho de que una empresa realizara acciones en beneficio de determinado grupo de clientes no constituía un acto de discriminación, sino una estrategia comercial de fidelización. Este criterio fue recogido en los casos en los que se cuestionaba un trato distintivo que se daba a los clientes de las entidades financieras en comparación a los que no lo eran, al momento de realizar alguna operación, siendo que los primeros eran atendidos con mayor celeridad;
- (viii) la carta con precios se encontraba al ingreso del local a libre disposición y conocimiento de todos sus clientes, incluidas las del sexo femenino, lo cual fue constatado notarialmente el 29 de agosto de 2018, evidenciándose así que no existía vulneración alguna al principio de igualdad, en tanto todos podían acceder a dicha información; y,
- (ix) existían otras situaciones en la que se brindaba un trato halagador a la mujer que, en línea con lo sostenido por la Asociación, constituirían también un acto de discriminación por razón de sexo, tales como el hecho de que el *valet parking* de casi todos los restaurantes de Lima abriera la puerta del auto a las mujeres, o cuando el personal del salón retiraba la silla para ayudarlas a sentarse, en tanto se podría considerar que no estarían en capacidad de hacerlos solas; no obstante, todo ello

brindaba un trato favorecedor y no perjudicial a las mujeres, justamente porque se resaltaba su calidad e importancia dentro de la sociedad.

4. Por escrito del 13 de noviembre de 2018, la Asociación absolvió los descargos presentados por La Rosa Náutica, resaltando que la denunciada reconoció que entregaba cartas diferenciadas a hombres y mujeres cuando acuden en pareja.
5. En respuesta a dicho escrito, el 30 de noviembre de 2018, La Rosa Náutica insistió en que en su local no se le negaba a nadie el derecho a conocer los precios, pues existía una carta azul en la entrada del restaurante, que era de fácil acceso para todos los comensales, siendo que solamente en casos en que acudía una pareja a pasar un momento romántico se les entregaba cartas diferenciadas a hombres y mujeres.
6. Mediante Resolución 0271-2019/CC2 del 8 de febrero de 2019, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación contra La Rosa Náutica, por presunta infracción del artículo 38° del Código, en tanto no quedó acreditado que la entrega de cartas distintas en el restaurante de la denunciada obedeciera a un acto de discriminación contra las mujeres.
7. El 21 de marzo de 2019, la Asociación interpuso recurso de apelación contra la Resolución 0271-2019/CC2, reiterando lo señalado en su denuncia y, a su vez, sostuvo lo siguiente:
 - (i) La decisión de la Comisión era incorrecta, en tanto el artículo 38° del Código señalaba expresamente que se estaba ante una práctica discriminatoria cuando no se aplicaban las mismas condiciones comerciales a los consumidores que se encontraban en una situación de igualdad, lo cual hizo La Rosa Náutica al entregar cartas diferenciadas a las parejas que acudían a su local;
 - (ii) la Comisión no tuvo en consideración por qué la mujer, a diferencia del hombre, debía solicitar una nueva carta con precios o volver a la entrada del restaurante para ver los precios; no se estaban aplicando las mismas condiciones comerciales a los hombres y mujeres;
 - (iii) el grave comportamiento discriminatorio de La Rosa Náutica no fue advertido por la Comisión, generando agravios no solo a la Asociación, sino también a todas las comensales del restaurante denunciado pasadas y futuras; y,
 - (iv) la Comisión validó que la denunciada contaba con una carta con precios a la entrada de su local; no obstante, no tuvo en cuenta que la constatación notarial fue del 29 de agosto de 2018, siendo que la denuncia fue planteada el 23 de julio de 2018, por lo que no se podía sostener que todos los consumidores tenían acceso a los precios de sus platos, vulnerándose así el principio de verdad material.



8. Por escrito del 17 de junio de 2019, La Rosa Náutica absolvió el recurso de apelación interpuesto por la Asociación, señalando lo siguiente:
- (i) Sus cartas no tenían ninguna indicación, nombre o identificación que estableciera que las azules solo se podían entregar a los hombres, que las cartas amarillas se debían entregar a todas las comensales mujeres sin excepción alguna; es decir, en su local no había una carta específicamente para el hombre por el hecho de ser hombre, ni una carta para la mujer por el solo hecho de serlo;
 - (ii) aplicaba su política interna, traducida en la entrega de una carta diferenciada, solo cuando se trataba de cenas románticas entre parejas, celebraciones, aniversarios, cumpleaños o cualquier otra fecha especial para una pareja, lo cual no constituía un acto de discriminación, pues no se les brindaba a las comensales una carta sin precios por el solo hecho de ser mujer, sino que ello solo ocurría cuando se buscaba propiciar un ambiente romántico, que pretendía brindar como un distintivo de su servicio;
 - (iii) era un restaurante que se caracterizaba principalmente por contar en su diseño, arquitectura, colores y esencia en general, con detalles que guardaban relación con la delicadeza de la mujer, pues su único objetivo era enaltecerla y halagarla;
 - (iv) la Asociación no presentó pruebas de que en su local solo se aceptaban pagos realizados por hombres, además no tenían ni un solo reclamo de alguna clienta que cuestionara el impedimento de pago, pues ello obedecía a que no se consideraba que los hombres eran los únicos que podían pagar los servicios ofrecidos; y,
 - (v) correspondía a la parte denunciante acreditar sus afirmaciones, lo cual no había hecho la Asociación, en tanto no ha presentado ningún medio probatorio que demostrara la presunta discriminación invocada y, por otro lado, que no contara con una lista de precios en la entrada de su local.
9. En la misma fecha, la Asociación presentó un escrito solicitando que se convocara a las partes a una audiencia de informe oral.
10. Por escrito del 2 de agosto de 2019, la Asociación presentó un escrito señalando lo siguiente:
- (i) No era la primera vez que un restaurante discriminaba a las mujeres, dándoles cartas sin precios. Agregó que existía un caso en Estados Unidos (1980) contra el restaurante francés *L'Orangerie*, muy similar al presente, en donde se alegó que se realizaba la distinción entre hombres y mujeres por un acto de cortesía, siendo que por tal motivo, se le ordenó al local que dejara de realizar tal distinción, por lo que a partir de ese momento comenzó a entregar las cartas, con precios o sin

- ellos, al anfitrión del grupo de los comensales, a fin de que este entregase a quien correspondiese la carta correspondiente;
- (ii) el hecho de que La Rosa Náutica no utilizara esta estrategia comercial o no se permitiera que fuera la propia pareja quien decidiera cómo repartir las cartas diferenciadas solo llevaba a que el local siempre asumiera que las mujeres no eran las que pagarían la cuenta; y,
 - (iii) no podía ser romántico el hecho de que a las mujeres no se les alcanzaran la carta de platos con precios; solo les privaba de un dato que afectaba su decisión de consumo.

ANÁLISIS

Cuestión previa: Sobre la solicitud de informe oral

11. Durante la tramitación del procedimiento en segunda instancia, la Asociación solicitó a la Sala que se le conceda una audiencia de informe oral.
12. Sobre el particular, es necesario precisar que el artículo IV numeral 1° del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General), desarrolla el principio del debido procedimiento, el mismo que, entre otros, garantiza el derecho de los administrados a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, así como a solicitar el uso de la palabra².
13. Si bien la solicitud del uso de la palabra es una de las expresiones del principio del debido procedimiento; no obstante, la evaluación de dicho pedido deberá realizarse a la luz de lo señalado sobre la normativa especial existente, siendo que, en el caso de los procedimientos seguidos ante el Indecopi, el artículo 16° del Decreto Legislativo 1033 dispone que las Salas podrán convocar o denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante resolución debidamente motivada³.

² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo.**

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

1.2. Principio del debido procedimiento. Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo. (...)

³ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 16°.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal.**



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/GC2

14. En ese sentido, es facultad discrecional de esta Sala citar a las partes de un procedimiento a informe oral, sea a pedido de parte o de oficio, siendo que dicha actuación, al ser de carácter facultativo, no obliga a la autoridad administrativa a convocar a estas a informe oral en todos los procedimientos de su conocimiento, pudiendo inclusive denegar las audiencias solicitadas por los administrados.
15. Por tanto, la denegatoria de un pedido de informe oral no involucra una contravención al principio del debido procedimiento ni al derecho de defensa del administrado, en la medida que las disposiciones legales sobre la materia otorgan dicha facultad a la autoridad administrativa. Además, las partes del procedimiento pueden desplegar su actividad probatoria a través de la presentación de alegatos y documentos, los mismos que serán evaluados al momento de resolver el caso en concreto.
16. En la misma línea, mediante Resolución 16 del 2 de diciembre de 2016, recaída en el Expediente 7017-2013⁴, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, indicó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35° del Decreto Legislativo 807, Ley que aprueba las Facultades, Normas y Organización del Indecopi, una vez puesto en conocimiento de la autoridad administrativa lo actuado para la resolución final, las partes pueden solicitar la realización de un informe oral, siendo que la actuación o la denegatoria del mismo quedará a criterio de la Administración que resuelva el caso, según la importancia y trascendencia del caso.
17. El órgano jurisdiccional bajo mención determinó que, según lo dispuesto en la normativa aplicable a los procedimientos a cargo del Indecopi, la convocatoria a una audiencia de informe oral es una potestad de la autoridad administrativa, mas no una obligación, considerando además que no hay necesidad de actuar dicha audiencia cuando se estime que los argumentos expuestos por las partes y las pruebas ofrecidas son suficientes para resolver la cuestión controvertida.
18. En virtud de lo anterior, considerando que en el presente caso obran en autos los elementos de juicio suficientes a efectos de emitir un pronunciamiento, así como que la Asociación ha podido exponer y sustentar su posición a lo largo del procedimiento, corresponde denegar el pedido de uso de la palabra planteado por la denunciante.

16.1. Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada. (...)

⁴ Archivado definitivamente según lo dispuesto en la Resolución 17 del 16 de marzo de 2017.

El voto del señor vocal Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas y la señora vocal Roxana María Irma Barrantes Cáceres es el siguiente:

Sobre la prohibición de discriminación en el consumo

Marco teórico general

19. En el ordenamiento jurídico peruano, el derecho a la igualdad ha sido reconocido expresamente en el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, que establece en forma expresa y clara lo siguiente:

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)

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

20. En relación con el mandato establecido en el artículo 2° de la Constitución, en diversa jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que la igualdad ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo⁵. En su calidad de principio, constituye el enunciado de un componente axiológico del ordenamiento constitucional, que vincula y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho subjetivo, se constituye en un derecho fundamental que reconoce la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad oponible a un destinatario. Por ello, se ha señalado que la igualdad se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, orientación sexual, condición económica, entre otros) o por otras que jurídicamente resulten relevantes.
21. El derecho a la igualdad, al proyectarse a lo largo de todo el ordenamiento legal, se manifiesta como derecho objetivo también en la regulación especial sobre protección al consumidor. De este modo, el artículo 1°.1 literal d) del Código señala que los consumidores tienen derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial, prohibiéndose expresamente la posibilidad de ser discriminados por los mismos motivos establecidos en el artículo 2° de la Constitución, así como por otros de cualquier índole⁶.
22. En este contexto preceptivo, el artículo 38° del Código establece la cláusula normativa según la cual los proveedores se encuentran prohibidos de

⁵ Ver sentencias recaídas en los expedientes 0045-2004-AA/TC (acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 3° de la Ley 27466) y 05157-2014-PA/TC (proceso de amparo interpuesto por la señora María Chura Arcata contra la resolución expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno).

⁶ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Artículo 1°.- Derechos de los consumidores.

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

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. (...)

establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen, así como de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento, tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas⁷.

23. En este punto es importante mencionar que, mediante Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2019, este Colegiado realizó un **cambio de criterio** en relación al modo en el que debían analizarse las conductas donde existía un trato desigual que no se encontrara justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastaría para configurar un acto discriminatorio, debiendo imputarse dichas acciones del proveedor, independientemente de la causa que origine el trato desigual, como una infracción a la prohibición de discriminación en el consumo contenida en el artículo 38° del Código.
24. Así, el Colegiado resaltó que el razonamiento planteado en dicho pronunciamiento no implicaba desconocer que existían actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que era posible que se configurara un trato desigual que implicara 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, sexo, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual debía ser meritado al momento de graduar la sanción que correspondía imponer contra el proveedor infractor.
25. Ahora bien, respecto a las reglas probatorias determinadas por el legislador peruano para los casos de discriminación en el consumo, el artículo 39° del Código señala que:

“Artículo 39°.- Carga de la prueba

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en

⁷

LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Artículo 38°.- Prohibición de discriminación de consumidores.

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

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

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



prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.”

26. Por ello, para los casos de procedimientos iniciados por una denuncia de parte, corresponderá al consumidor afectado demostrar la existencia del trato desigual sin que sea necesario que pertenezca a un grupo determinado. Luego de ello, será el proveedor quien deberá acreditar la existencia de una causa objetiva que justifique razonablemente la práctica cuestionada; y, si se supera este nivel probatorio, el denunciante deberá comprobar ante la autoridad que la causa alegada es un pretexto o una simulación para realizar la práctica discriminatoria.
27. De igual modo, en los procedimientos iniciados de oficio corresponderá a la autoridad comprobar la existencia del trato desigual para que, posteriormente, el administrado presuntamente infractor acredite la existencia de una causa objetiva que justifique la práctica analizada. Finalmente, confirmada esta causa, la autoridad nuevamente deberá demostrar que la causa alegada es un pretexto o una simulación para incurrir en la práctica discriminatoria.
28. De acuerdo con lo expuesto, en consonancia con el cambio de criterio definido por este Colegiado, el artículo 39° no realiza ninguna diferenciación en los niveles de gravedad de una práctica discriminatoria; y, por ende, los órganos resolutivos de protección al consumidor, al momento de analizar un trato desigual por parte de los proveedores, deberán ceñirse a las reglas probatorias reseñadas para verificar la comisión de la conducta infractora. Una vez comprobada ella, podrán determinar el nivel de gravedad de la misma, para graduar y, de ser el caso, aplicar una sanción más drástica en función de la práctica discriminatoria acreditada.

Sobre el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, y la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

29. El artículo 55° de la Constitución Política del Perú dispone que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Asimismo, la Cuarta Disposición final y transitoria de la Carta Magna establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Debe precisarse que según el artículo 56° de la Constitución los tratados que versan sobre derechos humanos deben ser aprobados por el Congreso de la República antes de su ratificación⁸.

⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**
Artículo 55°.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.



30. Dicho lo anterior, para el caso en concreto es importante remitirse en primer lugar a la Carta de las Naciones Unidas (preámbulo) que establece, entre los objetivos básicos, el de *“reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”*, y se proclama que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas *“sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”*⁹.
31. De manera similar, el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹⁰, el artículo 2.1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹¹, el artículo 2.2° del Pacto Internacional

Artículo 56°.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

(...)

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

(...)

Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

⁹ **CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.**

(...)

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a **reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres** y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, (...).

CAPITULO I

PROPOSITOS Y PRINCIPIOS.

Artículo 1°: Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

(...)

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

¹⁰ **PACTO DE SAN JOSÉ. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.**

(...)

Artículo 1°.- Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, o origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

¹¹ **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.**

(...)

Artículo 2°



de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹² y el artículo 3° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³, establecen que los derechos enunciados en ellos son aplicables a todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

32. En ese sentido, la prohibición de discriminación es una obligación general de los Estados en materia de derechos humanos, que les impide privar el goce o el ejercicio de los derechos humanos a personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, ya sea por motivos de origen, sexo, raza, color, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.
33. Es importante resaltar que no todo trato desigual es una discriminación constitucionalmente prohibida, puesto que no basta con que la norma establezca una desigualdad, sino que esta no pueda ser justificada objetivamente. A propósito de lo anterior, resta decir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”¹⁴.
34. Pues bien, de manera consecutiva, cabe destacar que la protección de la igualdad de derechos de la mujer ha sido ampliada y reforzada con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM), que fue aprobada por la Asamblea General de las

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹² **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.**

(...)

Artículo 2°

(...)

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹³ **PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.**

(...)

Artículo 3°

Obligación de no Discriminación

Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, 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.

¹⁴ Opinión Consultiva OC-04/84. Ver:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1267.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1267>

Naciones Unidas, siendo suscrita por el Estado Peruano¹⁵, por lo que, forma parte de la legislación nacional y además es un criterio de interpretación de los derechos y libertades que la Constitución, como la nuestra, reconoce.

35. Respecto del contenido de la CEDM, en su artículo 1°, se establece que la expresión “discriminación contra la mujer” denota toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.
36. Para efectos del caso, conviene destacar que el artículo 5° de la Convención obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.
37. Hasta lo aquí expuesto, se evidencia que la prohibición internacional de discriminación basada en el sexo busca promover la igualdad real de las mujeres. Acorde con este propósito, el Estado peruano ha asumido la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer, eliminando, por un lado, los obstáculos que impiden el ejercicio pleno del derecho a la igualdad y, por otro lado, dando a las mujeres oportunidades de entablar acciones y pedir protección frente a la discriminación, tanto en la esfera pública como en el ámbito privado.
38. En virtud de esta obligación, en el plano nacional, se estableció en el artículo 4° del Código Civil Peruano lo siguiente:

“(…)

Derechos de la Persona.

(…)

Artículo 4°.- El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

(…)”

39. Asimismo, en específico, el Estado emitió la Ley 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (12 de marzo de 2007), la cual tiene

¹⁵ El 1 de junio de 1982 el Congreso de la República del Perú emitió la Resolución Legislativa que aprobó la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”, a su vez el Presidente de la República promulgó la Resolución Legislativa 23432 aprobando dicha Convención el 5 de junio de 1982.

como objeto establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad.

40. En dicha norma, se advierte que por discriminación se debe entender lo siguiente:

“(…)

Para los efectos de la presente Ley, se entiende por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano.

(…)” (el subrayado es nuestro)

41. Además, se aprecia que la Ley en mención está basada en los principios fundamentales de igualdad, respeto por la libertad, dignidad, seguridad, vida humana, así como el reconocimiento del carácter pluricultural y multilingüe de la nación peruana, considerando básicamente, entre otros, los siguientes principios:

“(…)

a) El reconocimiento de la equidad de género, desterrando prácticas, concepciones y lenguajes que justifiquen la superioridad de alguno de los sexos, así como todo tipo de discriminación y exclusión sexual o social.

(…)” (el subrayado es nuestro)

42. Finalmente, la Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres dispone que es rol del Estado el promover y garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, adoptando todas las medidas necesarias que permitan remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de este derecho, con el fin de erradicar todas las formas de discriminación.

43. A nivel jurisprudencial, en línea con lo dispuesto por la normativa citada, el Tribunal Constitucional (Expediente 05652-2007-PA/TC) ha sostenido lo siguiente:

“(…)

47. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminaciones directas, a



través de la cual toda norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.

48. De este modo, en el caso de las mujeres la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica. Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, se ha previsto la prohibición de todo tipo discriminación por razón de sexo.

(...)”(el subrayado es nuestro).

44. En conclusión, los vocales que suscriben el presente voto observan que la normativa nacional, acorde con lo dispuesto por el ordenamiento supranacional, busca garantizar a mujeres y hombres el ejercicio pleno de su derecho a la igualdad, por lo que se entenderá por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar y/o limitar el goce y/o ejercicio de cualesquiera de sus derechos por dicha condición.
45. Siendo así y en una lectura en conjunto con lo dispuesto, a su vez, por el Código (conforme se desarrolló en el acápite anterior), de verificarse que un proveedor brinda un trato diferenciado basado en el sexo que menoscabe, restrinja o limite el goce o ejercicio de cualesquiera de sus derechos, entre ellos el de información, sea de hombres o de mujeres, deberá ser sancionado, en tanto la conducta analizada es contraria a las normas nacionales e internacionales.

Aplicación al caso en concreto

46. La Asociación denunció que La Rosa Náutica entregaba a los comensales dos cartas distintas, azul para los hombres, y amarilla para las mujeres. Las cartas azules contenían la descripción de los platos y sus respectivos precios, y las amarillas solo tenían la descripción de los platos, más no sus precios. Ello, evidenciaba un trato discriminatorio contra las mujeres, quienes al igual que los hombres tenían derecho a conocer los precios de los productos que consumían, en tanto estaban en la posibilidad de pagar sus propias cuentas.
47. Para acreditar sus afirmaciones, la denunciante presentó fotografías de las cartas de comida (amarilla y azul) que entregaba la denunciada a sus comensales, así como un video filmado al interior del establecimiento, tal como se aprecia a continuación:



48. Acorde con el hecho denunciado, la Comisión admitió la denuncia en contra de La Rosa Náutica, en los siguientes términos:

“Admitir a trámite la denuncia por presunta infracción al artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el proveedor denunciado pondría a disposición de los consumidores Cartas – Menú de características diferenciadas (la Carta – Menú de los hombres consigna el precio de los productos ofrecidos y la Carta – Menú de las mujeres no) en su local comercial”.

49. Teniendo en cuenta los términos de la denuncia y la conducta imputada, a efectos de realizar una evaluación probatoria ordenada y acorde con las reglas establecidas por el artículo 39° del Código, el cual determina expresamente la forma cómo debe examinarse una presunta infracción por discriminación en el consumo, este Colegiado verificará en primer lugar la existencia del trato desigual que brindaría La Rosa Náutica al momento de entregar las cartas de comida a sus comensales.
50. Al respecto, tanto en sus descargos como en su absolución de apelación, La Rosa Náutica sostuvo que la estratégica ubicación de su local además de servir para reuniones de negocios, familiares o amicales, brindaba un



ambiente especial, acogedor y romántico para las celebraciones entre parejas, como por ejemplo, aniversarios, cumpleaños o cualquier otro momento especial para una pareja, siendo que solo en esos casos, su política interna les permitía – a fin de mantener un ambiente romántico y acogedor – proporcionar una carta diferenciada a las mujeres (amarilla) y los hombres (azul).

51. Con lo sostenido por la denunciada, se comprueba la existencia de un trato desigual para hombres y mujeres y, con ello, el primer filtro establecido por la dinámica probatoria del artículo 39° del Código.
52. Superado el primer filtro de análisis, corresponde revisar los argumentos presentados por la denunciada durante todo el procedimiento orientados a acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada sobre la presunta práctica discriminatoria, bajo una óptica de razonabilidad.
53. Durante el procedimiento, La Rosa Náutica señaló en su defensa que, si bien no brindaba un trato desigual a todas las mujeres que asistían a su establecimiento, sí les entregaba la carta amarilla (sin precio) a las que acudían en pareja, siendo que por ello no estaba incurriendo en una práctica discriminatoria, en tanto existirían justificaciones objetivas y razonables, materializadas en los siguientes argumentos:
 - (i) Por Política interna, buscaba propiciar un ambiente romántico, brindando un trato diferente a las mujeres que acudían a su local acompañadas de su pareja, como un distintivo de su servicio;
 - (ii) buscaba enaltecer la posición de una mujer dentro de una pareja, considerando como una forma de halago el hecho de que pueda pasar una velada romántica y agradable sin tomar en cuenta el costo de los servicios;
 - (iii) era un restaurante que se caracterizaba principalmente por contar en su diseño, arquitectura, colores y esencia en general, con detalles que guardaban relación con la delicadeza de la mujer, pues su único objetivo era enaltecerla y halagarla; y,
 - (iv) existían otras situaciones en las que se brindaba un trato halagador a la mujer que, en línea con lo sostenido por la Asociación, constituirían también un acto de discriminación por razón de sexo; no obstante, todo ello brindaba un trato favorecedor y no perjudicial a las mujeres, justamente porque se resaltaba su calidad e importancia dentro de la sociedad.
54. En relación con el primer argumento, los vocales que suscriben el presente voto consideran que una “Política Interna” no puede ser el sustento para que un establecimiento comercial brinde un servicio diferenciado que podría vulnerar los derechos fundamentales de hombres o mujeres, dado que tanto

el Estado como los particulares se encuentran obligados a respetar los derechos fundamentales de las personas, como es el derecho a la igualdad y no hacer diferencias donde la ley no la hace.

55. En efecto, el Tribunal Constitucional ha subrayado en reiteradas sentencias que los derechos fundamentales vinculan, no sólo a los poderes públicos, sino también a los privados, reconociendo lo que en doctrina se denomina “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”¹⁶, de allí que tanto el Estado como los particulares tienen el deber de respetar los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, el derecho a ser tratados por igual, ya sea que se trate de hombres o de mujeres¹⁷.
56. Aquí, es importante mencionar que, no se desconoce el derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa consagradas en los artículos 58°¹⁸ y 59°¹⁹ de la Constitución Política del Perú; no obstante, considera que ello no enerva que dichas libertades deban ejercerse en el marco del respeto a los derechos fundamentales de las personas, en específico el derecho a la igualdad.
57. Al respecto, corresponde indicar que el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado en el Expediente 0001-2005-PI/TC, que los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa pueden ejercerse, siempre y cuando estos no colisionen con los intereses generales de la comunidad:

“(…)

44. Así, este Tribunal ha establecido que otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la **libre iniciativa privada**, prescrito en el artículo 58° de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17) del artículo 2° del mismo texto, el cual **consagra el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a**

¹⁶ “Conforme al artículo 38° de la Constitución, ‘Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución’, norma que impone el deber de respetar los derechos de todos, sea que desarrollen sus actividades en la esfera privada o pública”. Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 2004, recaída en el Expediente 1848-2004-AA/TC. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>

¹⁷ Cfr. Sentencia del 5 de marzo de 2019, recaída en el Expediente 01479-2018-PA/TC., Sentencia del 6 de noviembre de 2008, recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC.

¹⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 58°.**- 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.

¹⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 59°.**- 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 públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.



emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia.
(..)"

58. Respecto del segundo argumento, los vocales que suscriben el presente voto consideran que el mismo está basado en una generalización que se hace de las personas en razón de su pertenencia a un determinado sexo (estereotipo de género). Sobre ello, el Diccionario de la Real Academia Española, señala que el estereotipo es una Imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable, y género es el grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo²⁰.
59. Por su lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México) señala que un estereotipo es una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente.
60. Siendo así, se evidencia que el trato diferenciado que brinda la denunciada está apoyado en la generalización que se hace de las personas en base a su sexo, que en este caso menoscaba o limita uno de los derechos de la mujer, por ser mujer, el derecho a la información, al omitir la denunciada informarle intencionalmente un dato relevante (el precio del producto) basado en una presunción generalizada y equivocada que, en una celebración entre parejas, la mujer siempre será invitada y que nunca pagará el costo del consumo. Así, en esa lógica, es que carecería de sentido informarle un dato relevante, como es el precio del producto, para su decisión.
61. En este punto, es importante mencionar que el Código obliga a los proveedores a proporcionar a los consumidores, sin distinción alguna, toda la información relevante sobre las características de los productos y servicios que oferten, siendo un elemento importante en la decisión de compra el precio, a efectos de que los propios consumidores puedan realizar una adecuada elección o decisión de consumo. Siendo así, correspondería que un proveedor consigne en sus cartas de comida el precio de sus platos, sin hacer distinción alguna, y menos aún por razón de sexo.
62. En ese sentido, a criterio de los vocales que suscriben el presente voto, es

²⁰ Ver: <https://dle.rae.es/?id=J49ADOi>



importante resaltar que la lógica de no consignar la lista de precios en la carta entregada a la mujer es que, ella siempre será la invitada y que nunca pagará el costo del consumo (por ello carecería de sentido y relevancia informarle su precio), lo cual no es una causa objetiva, ni razonable, que justifique el trato diferenciado implementado y aplicado por La Rosa Náutica.

63. En efecto, nos preguntamos: ¿No podría ser la mujer en una celebración quien quiera o le corresponda halagar a su pareja?, en ese escenario, ella se verá obligada a contratar el servicio y adoptar la decisión de consumo ignorando el costo del mismo o pedir un cambio de carta o salir al ingreso del restaurante para informarse con la lista de precios.
64. Adicionalmente, aún cuando la mujer fuera la invitada a la cena y no tuviera que asumir su costo, no tendría ella también derecho a conocer el costo del servicio -si así lo deseara- sin tener que ponerse en evidencia de solicitar otra carta o de salir al ingreso del restaurante para revisar la lista de precios.
65. Por estas razones, los vocales que suscriben el presente voto no consideran que sea un halago o una deferencia para la mujer el omitir informarle, sin previa consulta (desconociendo sus preferencias), la lista de precios del producto. Y estamos seguros que, en el ejercicio de la libre iniciativa privada existen distintas maneras de halagar y enaltecer a la mujer basadas en consideraciones objetivas y razonables, distintas a omitir información relevante para su decisión de consumo.
66. Sobre el tercer argumento, se verifica que lo sostenido por la denunciada nuevamente está basado en la generalización que se hace de las personas en razón de su sexo (estereotipo de género), razón por la cual y en los mismos términos, corresponde desestimar también tal alegato. Siendo importante resaltar que si bien la femineidad (delicadeza) se asocia cultural y normativamente con las mujeres, existen múltiples maneras distintas de ser mujer y numerosas expresiones propias de las mujeres.
67. El cuarto argumento de la denunciada consiste en sostener que existían otras situaciones en las que se brindaba un trato halagador a la mujer que, en línea con lo sostenido por la Asociación, constituirían también un acto de discriminación por razón de sexo; no obstante, todo ello brindaba un trato favorecedor y no perjudicial a las mujeres, justamente porque se resaltaba su calidad e importancia dentro de la sociedad. Al respecto, este Colegiado considera que la existencia de otras situaciones en las que presuntamente se brinda un trato diferenciado a las personas, no exime o incide en la responsabilidad de La Rosa Náutica por la infracción detectada en el presente procedimiento.
68. Finalmente, los vocales que suscriben el presente voto, contrariamente a lo



fundamentado por la Comisión, consideran que los hechos descritos y narrados en denuncia, que no fueron desconocidos por la parte contraria, la misma que trató de justificarlos, solo responden y/o únicamente obedecen a que La Rosa Náutica incurrió en tratos discriminatorios entre sus comensales, debido a que, sin una razón objetiva o justificada, entregaba a las mujeres, a diferencia de los hombres, las cartas sin precios, cuando todo consumidor estaba en el derecho de recibir las cartas, que contengan platos y precios, sin distinción alguna.

69. En efecto, la primera instancia sustentó la ausencia de infracción señalando que no quedó acreditada una situación en la que las mujeres hayan solicitado la carta de precios y el local les haya negado; no obstante, es importante resaltar que este hecho parte de la premisa que estas deben realizar una acción adicional para acceder a las cartas de comida, cuando en realidad, desde un inicio, tenían el derecho a recibir una carta con precios, al igual que los hombres, esto es, acceder a las mismas sin necesidad de hacer requerimiento alguno. De ahí que, para los vocales que suscriben el presente voto la discriminación radica en brindar un trato diferente a dos personas (comensales) cuando están en igualdad de condiciones sin una justificación válida, lo cual se detectó en este caso.
70. Habiendo desestimado los argumentos propuestos por La Rosa Náutica para demostrar la existencia de una causa objetiva que justifique el trato diferenciado brindado en menoscabo de las mujeres (entrega de cartas amarillas sin precio), este Colegiado evidencia que, de acuerdo con la dinámica probatoria del artículo 39° del Código, la práctica confrontada no tiene una justificación razonable, comprobándose así su carácter discriminatorio.
71. En mérito de lo expuesto, los vocales que suscriben el presente voto concluyen que el hecho de que la denunciada entregue a sus comensales mujeres una carta amarilla que no contiene precios constituye y solo obedece, como se ha desarrollado precedentemente, a una práctica discriminatoria.
72. Por lo tanto, corresponde revocar la resolución recurrida, que declaró infundada la denuncia contra La Rosa Náutica; y, en consecuencia, se declara fundada la misma, por infracción del artículo 38° del Código, al haberse acreditado que la denunciada incurrió en prácticas discriminatorias por razón de sexo, pues entregaba cartas de comida diferenciadas para hombres y mujeres, siendo que las cartas para los hombres (cartas azules) contaban con los respectivos precios de los platos, mientras que las cartas para las mujeres no contenían tales precios (cartas amarillas).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/GC2

Sobre la medida correctiva de oficio

73. Los artículos 114° y 116° del Código, establecen que la autoridad administrativa podrá dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas complementarias, las cuales tienen por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro.
74. En el presente caso, habiéndose declarado fundada la denuncia contra La Rosa Náutica por infracción del artículo 38° del Código, por incurrir en prácticas discriminatorias por razón de sexo, dado que entregaba cartas de comida diferenciadas a hombres y mujeres, corresponde ordenarle las siguientes medidas correctivas (de oficio):
- (i) De manera inmediata, contado a partir de la recepción de la notificación de la presente resolución, cumpla con dejar de entregar cartas de comida sin precios a las mujeres que acudan a su local comercial, debiendo proporcionar cartas (con precios y demás requisitos) iguales a hombres y mujeres. Y en lo sucesivo, cumpla con brindar un trato igual a sus comensales cuando se encuentren en igualdad de condiciones;
 - (ii) en el plazo máximo de 60 días contado a partir de la recepción de la notificación de la presente resolución, cumpla con brindar una capacitación sobre prevención de discriminación por razón de sexo a todos los trabajadores de su establecimiento que: (a) participen en la creación, diseño, ejecución o supervisión de las políticas comerciales o similares de la empresa; (b) 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; y, (c) debido a sus labores puedan verse involucrados en una práctica comercial como la sancionada. La referida capacitación deberá reflejar el involucramiento de los principales directivos de la empresa (directores, gerentes, jefes o rangos similares) y contar con mecanismos de registro de asistentes, así como de evaluación de los contenidos impartidos; y,
 - (iii) de manera inmediata, cumpla con colocar de forma permanente un cartel al interior de su establecimiento abierto al público, en un lugar visible y fácilmente accesible, con el siguiente mensaje: *“Este establecimiento está prohibido de 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.

75. Respecto de dicho mandato, se informa a la denunciada que deberá presentar a la Comisión los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las referidas medidas correctivas, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo que se otorga para cumplir el mandato; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° del Código. De otro lado, se informa a la Asociación que -en caso se produzca el incumplimiento del mandato- podrá comunicarlo a la Comisión, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI²¹.

Sobre la graduación de la sanción

76. A efectos de graduar la sanción a imponer, el artículo 112° del Código²² establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la autoridad administrativa puede atender al beneficio ilícito esperado con la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, el daño resultante de la infracción, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar.
77. Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa el Principio de Razonabilidad²³, según el cual la

²¹ **RESOLUCIÓN 076-2017-INDECOPI/COD. APRUEBAN DIRECTIVA 006-2017/DIR-COD-INDECOPI DENOMINADA “DIRECTIVA QUE REGULA LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PREVISTOS EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR”.** 4.8. De las medidas correctivas.

En los supuestos en que el órgano resolutorio considere lo acordado por las partes durante la relación de consumo al dictar una o varias medidas correctivas; debe atender a que las mismas no contravengan las disposiciones recogidas en los Título II y III del Código referidos a los contratos de consumo y métodos comerciales abusivos.

En caso se ordenen medidas correctivas o medidas cautelares, la Resolución Final deberá apercibir al obligado, a presentar los medios probatorios que acrediten su cumplimiento en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo que se otorga para cumplir el mandato; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117 del Código.

Si se produce el incumplimiento del mandato por parte del proveedor obligado, la administración, a fin de garantizar el cumplimiento de su decisión, actuará de oficio e impondrá multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la presente Directiva.

²² **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.

Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
2. La probabilidad de detección de la infracción.
3. El daño resultante de la infracción.
4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar. (...).

²³ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**



autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. Como parte del contenido implícito del Principio de Razonabilidad, se encuentra el Principio de Proporcionalidad, el cual supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas.

78. En el presente caso, habiéndose declarado fundada la denuncia contra La Rosa Náutica por infracción del artículo 38° del Código, por incurrir en prácticas discriminatorias, corresponde imponerle una sanción ejemplar, que desincentive a los proveedores de incurrir en las referidas prácticas en contra de los consumidores como la detectada.
79. Al respecto, es importante tener en cuenta que las entidades del Estado (cumpliendo con lo dispuesto por la normativa nacional y supranacional) están obligadas a promover y garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, adoptando todas las medidas necesarias que permitan remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de este derecho, con el fin de erradicar todas las formas de discriminación. Siendo así, los vocales que suscriben el presente voto consideran que la sanción a imponer a La Rosa Náutica debe reflejar la magnitud de la infracción cometida.
80. Aquí, es preciso mencionar lo esbozado por el Tribunal Constitucional (Expediente 01423-2013-AA) respecto de la obligación del Estado a combatir la desigualdad histórica que ha venido sufriendo la mujer:

“(…)

14. No hay discusión de que en el Estado constitucional existe un compromiso serio con la igualdad, el mismo que encuentra reconocimiento en los textos constitucionales y que las autoridades tienen el deber de materializar con hechos concretos, a fin de contrarrestar las desigualdades manifiestas haciendo posible que todas las personas disfruten de sus derechos en la misma medida.

*15. A pesar de lo dicho, tampoco hay duda, y el paso de la historia lo ha demostrado, de que las diferentes perspectivas, participaciones y voces características de las mujeres han sido excluidas sin justificación razonable del discurso público y del contexto social. Aún hay rezagos de las diferencias entre hombres y mujeres culturalmente creadas en muchas sociedades. Y el Perú no escapa a tal realidad. Sin embargo, **como Estado constitucional tiene el deber de combatir las desigualdades de manera efectiva**, por ello, además del reconocimiento del derecho a no ser discriminado por razón de*

Título Preliminar. Artículo IV.-

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

1.4. Principio de Razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutear, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (...)



sexo, ha constitucionalizado otras obligaciones como el deber del Estado de ofrecer una especial protección a las madres (artículo 4), el deber estatal de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas (artículo 6), el principio de igualdad de oportunidades laborales sin discriminación (artículo 26) y el deber de establecer cuotas de género en aras de asegurar una representación más igualitaria en los gobiernos regionales y municipales (artículo 191).

6. Es que una regulación normativa no es suficiente, no obstante, el carácter normativo de la Constitución garantiza la eficacia de su aplicabilidad en la medida que vincula a todos los poderes públicos y propicia un deber de respeto a su contenido por parte de todas las personas. Que las desigualdades no existan, más aún cuando se trata de las culturalmente creadas, es una tarea que principalmente involucra al Estado, pero también a todos sus integrantes en conjunto.

(...)”

81. Teniendo en cuenta lo señalado, esta Sala ha verificado que en el presente caso la conducta de La Rosa Náutica generó un daño que afectó gravemente el interés colectivo o difuso de los consumidores, en este caso de las mujeres, que acudieron a su establecimiento comercial durante los años de actividad económica que ha tenido, considerando que la empresa se reafirmó en todo momento que su política de atención al público siempre fue así (entrega de cartas diferenciadas a mujeres y hombres cuando acudían en pareja).
82. Siendo así, este los vocales que suscriben el presente voto consideran que la infracción cometida por la denunciada reviste una naturaleza grave, por lo que corresponde sancionar a la administrada con una multa mínima de 50 UIT y máxima de 150 UIT, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 110° del Código²⁴.
83. Cabe mencionar que, en otras denuncias sobre discriminación la Sala ha impuesto multas de 50 UIT como máximo en atención a la conducta detectada²⁵.
84. En ese sentido, en miras de imponer una sanción ejemplar, a efectos de desincentivar que otros proveedores incurran en tan grave infracción,

²⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 110°.- Sanciones administrativas.** El Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

- a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
- b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.
- c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

²⁵ Ver, por ejemplo, la Resolución 3246-2016/SPC-INDECOPI del 6 de setiembre de 2016, en el procedimiento seguido por los señores David Castillo Hidalgo y Clara Yuliana Criollo Gálvez contra Clínica San Pablo; la Resolución 3167-2017/SPC-INDECOPI del 6 de noviembre de 2017, en el procedimiento seguido por Joseph Kevín Iván Saucedo Sánchez contra Inversiones Vacarli S.A.C.; entre otras.



corresponde imponer a La Rosa Náutica una multa de 50 UIT, por incurrir en prácticas discriminatorias por razón de sexo.

85. En relación con la multa impuesta, se requiere a La Rosa Náutica el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁶, precisándose que, los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento.

Sobre las costas y costos del procedimiento

86. El Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, señala en su artículo 7°²⁷ que, en cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi.
87. Dado que se ha verificado que La Rosa Náutica infringió el artículo 38° del Código, corresponde ordenarle que, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de notificada la presente resolución, cumpla con pagar a la Asociación las costas del procedimiento por un monto ascendente a S/ 36,00.
88. Sin perjuicio de ello y, de considerarlo pertinente, la Asociación podrá solicitar el reembolso de los montos adicionales en que hubiese incurrido para la tramitación del presente procedimiento, para lo cual deberá presentar una solicitud de liquidación de costos ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos N° 1 del Indecopi.

26

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS. Artículo 205°.- Ejecución forzosa.

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

(...)

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.

27

DECRETO LEGISLATIVO 807. FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI Artículo 7°.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del Artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716. Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.



Sobre la inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi

89. Según el artículo 119° del Código, los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi por el lapso de cuatro (4) años, contados a partir de la fecha de dicha resolución²⁸.
90. En el presente caso, se ha determinado la responsabilidad administrativa de La Rosa Náutica por incurrir en prácticas discriminatorias por razón de sexo.
91. Teniendo en consideración lo anterior, corresponde ordenar la inscripción de la denunciada en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi, por infracción del artículo 38° del Código.

Sobre el porcentaje de la multa a otorgar a la Asociación

92. El artículo 156°.1 del Código dispone que el Indecopi y los organismos reguladores de los servicios públicos pueden celebrar convenios de cooperación institucional con asociaciones de consumidores reconocidas y debidamente inscritas en el registro especial. La firma del convenio de cooperación institucional otorga la posibilidad de que el Indecopi y los organismos reguladores de los servicios públicos puedan disponer que un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos promovidos por estas asociaciones de consumidores les sea entregado. En cada caso, dicho porcentaje no puede exceder el cincuenta por ciento (50%) de la multa impuesta y constituye fondos públicos.
93. En esa línea, el artículo 26° de la Directiva 009-2013/DIR-COD-INDECOPI, Normas sobre Registro, Reconocimiento y Participación de las Asociaciones de Consumidores en los Procedimientos sobre Defensa de los Derechos de los Consumidores (en adelante, la Directiva), establece que el órgano competente podrá destinar hasta el 50% del importe de la multa impuesta en un procedimiento por infracción a las normas de protección al consumidor en favor de la asociación de consumidores que lo promovió²⁹.

²⁸ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 119°.- Registro de infracciones y sanciones.**

El Indecopi lleva un registro de infracciones y sanciones a las disposiciones del presente Código con la finalidad de contribuir a la transparencia de las transacciones entre proveedores y consumidores y orientar a estos en la toma de sus decisiones de consumo. Los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados por el lapso de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de dicha resolución.

²⁹ **DIRECTIVA 009-2013/DIR-COD-INDECOPI, NORMAS SOBRE REGISTRO, RECONOCIMIENTO Y PARTICIPACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES EN LOS PROCEDIMIENTOS SOBRE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. Artículo 26°.- Porcentaje disponible.** La firma del Convenio de Cooperación Institucional otorga la posibilidad al INDECOPI de entregar a la Asociación de Consumidores un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos por afectación a los intereses colectivos o difusos promovidos por ellas. Dicho porcentaje no podrá exceder del 50% del valor de la multa

94. Por su parte, el artículo 157° del Código, establece los criterios para la graduación del porcentaje de las multas impuestas entregable a las asociaciones de consumidores en los procedimientos promovidos por estas, siendo que la autoridad competente debe evaluar, como mínimo, los siguientes criterios:
- Labor de investigación desarrollada por la asociación de consumidores de forma previa a la presentación de la denuncia;
 - participación de la asociación de consumidores durante el procedimiento iniciado;
 - trascendencia en el mercado de la presunta conducta infractora denunciada, impacto económico de la misma y perjuicios causados en forma previa o que puedan ser causados de forma potencial a los consumidores con relación a la misma; y,
 - otros que se determinen en el análisis específico de cada procedimiento.
95. En ese sentido, el artículo 28° de la Directiva³⁰ ha recogido los criterios de graduación indicados en el artículo 157° del Código, mencionándolos de manera más específica, tal como se aprecia a continuación:
- Dificultad en la detección de la conducta infractora: lo cual implica dilucidar la labor de investigación efectuada por la asociación a fin de verificar los hechos materia de denuncia;
 - participación de la mencionada entidad durante el procedimiento; y,
 - gravedad de la infracción detectada: la misma que es determinada tomando en consideración la trascendencia de la conducta infractora en el mercado, su impacto económico y los perjuicios que pudo o causó a los consumidores.
96. Asimismo, en los artículos 29° y 31° del mencionado cuerpo normativo, se establece tanto la calificación por cada criterio como la fórmula que debe emplearse para la asignación de un porcentaje de la sanción³¹.

impuesta. Los montos entregados constituyen fondos públicos, de conformidad con lo señalado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

³⁰ **DIRECTIVA 009-2013/DIR-COD-INDECOPI. NORMAS SOBRE REGISTRO, RECONOCIMIENTO Y PARTICIPACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES EN LOS PROCEDIMIENTOS SOBRE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. Artículo 28°.** - Criterios de graduación del porcentaje a entregar. - De acuerdo a lo señalado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el órgano resolutivo competente tomará en cuenta los siguientes tres criterios para determinar el porcentaje de la multa a ser transferido a las asociaciones de consumidores.

* Criterio 1. Dificultad en la detección de la conducta infractora.

* Criterio 2. Participación de la asociación durante el procedimiento.

* Criterio 3. Gravedad de la infracción detectada.

³¹ **DIRECTIVA 009-2013/DIR-COD-INDECOPI. NORMAS SOBRE REGISTRO, RECONOCIMIENTO Y PARTICIPACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES EN LOS PROCEDIMIENTOS SOBRE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. Artículo 29°.** - Calificación de Criterios. El rango de calificaciones a asignar a las asociaciones de consumidores por cada criterio descrito en el artículo anterior, será el siguiente:



97. En el presente caso, considerando que la Sala ha determinado la responsabilidad de La Rosa Náutica por infracción del artículo 38° del Código, corresponde a esta instancia determinar el porcentaje de la multa a otorgar a la Asociación.
98. Sobre el particular, es preciso indicar lo siguiente:

criterio 1. Dificultad en la detección de la conducta infractora	criterio 2. Participación de la Asociación de Consumidores durante el procedimiento	criterio 3. Gravedad de la infracción detectada
<p><u>Baja</u>: debido a que, en el presente caso, para la verificación de la infracción, la Asociación tomó conocimiento del hecho referido al trato diferenciado a través de la información entregada por la propia denunciada.</p> <p>(Calificación 10)</p>	<p><u>Alta</u>: la Asociación presentó la denuncia, adjuntando los medios de prueba correspondientes que acreditaban la conducta infractora, así como absolvió los descargos, además se debe precisar que la participación no sólo se circunscribe a responder cuestionamientos, sino a presentar medios de prueba que podrían evidenciar de forma objetiva el universo de usuarios que podrían verse afectados por el incumplimiento de la denunciada, de manera tal que la autoridad administrativa pudiera estimar la imposición de una sanción acorde con dicha realidad.</p> <p>(Calificación 35)</p>	<p><u>Alta</u>: dado que la infracción verificada constituye una afectación grave a los consumidores que no recibieron un trato igualitario.</p> <p>(Calificación 40)</p>

CRITERIO	CALIFICACIÓN
ALTA	35-50
MEDIA	18-34
BAJA	1-17

Artículo 31°. - **Fórmula a Aplicar.** El porcentaje de la multa a ser asignado a la Asociación de Consumidores será igual a la suma de las calificaciones asignadas por la Comisión para cada uno de los criterios descritos, ponderado por el peso que se presenta en la siguiente fórmula:

$$\text{Porcentaje de la multa a ser asignado} = (\text{Calificación Criterio 1} \times 0.25) + (\text{Calificación del Criterio 2} \times 0.25) + (\text{Calificación del Criterio 3} \times 0.5)$$



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/GC2

99. Habiendo efectuado la calificación de los criterios previstos por la norma en el presente caso, corresponde aplicar la fórmula establecida a efectos de determinar el porcentaje de participación que corresponde a la Asociación en la multa impuesta a La Rosa Náutica por infracción del artículo 38° del Código:

Fórmula para determinar porcentaje de participación en la multa:

(Calificación Criterio 1 x 0,25) + (Calificación del Criterio 2 x 0,25) + (Calificación del Criterio 3 x 0,5) = Porcentaje de la multa a ser asignado.

Aplicación de la fórmula al caso concreto:

Calificación de criterio 1 = 10

Calificación de criterio 2 = 35

Calificación de criterio 3 = 40

$$(10 \times 0,25) + (35 \times 0,25) + (40 \times 0,50) = 31,25$$

100. Conforme al resultado obtenido de la aplicación de la fórmula establecida en el artículo 30° de la Directiva, el porcentaje que corresponde asignar a la Asociación es equivalente al 31,25 % de la multa impuesta a La Rosa Náutica.
101. Cabe mencionar que, la Sala ha determinado dicho porcentaje en otros casos de discriminación, como en la Resolución 2726-2018/SPC-APELACIÓN del 10 de octubre de 2018, en el procedimiento seguido por Asociación Proconsumidores del Perú y otro contra Supermercados Peruanos S.A. y otro.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS

ROXANA MARÍA IRMA BARRANTES CÁCERES

El voto de los señores vocales Juan Alejandro Espinoza Espinoza y Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio es el siguiente:

Los vocales que suscriben el presente voto difieren del otro voto que declaró fundada la denuncia contra La Rosa Náutica, por infracción del artículo 38° del Código, en atención a los siguientes fundamentos:

1. En el ordenamiento jurídico peruano, el derecho a la igualdad ha sido reconocido expresamente en el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, que establece en forma expresa y clara lo siguiente:

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)

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

2. En relación con el mandato establecido en el artículo 2° de la Constitución, en diversa jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que la igualdad ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo³². En su calidad de principio, constituye el enunciado de un componente axiológico del ordenamiento constitucional, que vincula y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho subjetivo, se constituye en un derecho fundamental que reconoce la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad oponible a un destinatario. Por ello, se ha señalado que la igualdad se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, orientación sexual, condición económica, entre otros) o por otras que jurídicamente resulten relevantes.
3. El derecho a la igualdad, al proyectarse a lo largo de todo el ordenamiento legal, se manifiesta como derecho objetivo también en la regulación especial sobre protección al consumidor. De este modo, el artículo 1°.1 literal d) del Código señala que los consumidores tienen derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial, prohibiéndose expresamente la posibilidad de ser discriminados por los mismos motivos establecidos en el artículo 2° de la Constitución, así como por otros de cualquier índole³³.

³² Ver sentencias recaídas en los expedientes 0045-2004-AA/TC (acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 3° de la Ley 27466) y 05157-2014-PA/TC (proceso de amparo interpuesto por la señora María Chura Arcata contra la resolución expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno).

³³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**
Artículo 1°.- Derechos de los consumidores.

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

4. En este contexto preceptivo, el artículo 38° del Código establece la cláusula normativa según la cual los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen, así como de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento, tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas³⁴.
5. En este punto es importante mencionar que, mediante Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2019, este Colegiado realizó un **cambio de criterio** en relación al modo en el que debían analizarse las conductas donde existía un trato desigual que no se encontrara justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastaría para configurar un acto discriminatorio, debiendo imputarse dichas acciones del proveedor, independientemente de la causa que origine el trato desigual, como una infracción a la prohibición de discriminación en el consumo contenida en el artículo 38° del Código.
6. Así, el Colegiado resaltó que el razonamiento planteado en dicho pronunciamiento no implicaba desconocer que existían actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que era posible que se configurara un trato desigual que implicara 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, sexo, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual debía ser meritado al momento de graduar la sanción que correspondía imponer contra el proveedor infractor.
7. Ahora bien, respecto a las reglas probatorias determinadas por el legislador peruano para los casos de discriminación en el consumo, el artículo 39° del Código señala que:

“Artículo 39°.- Carga de la prueba

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la

³⁴

LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Artículo 38°.- Prohibición de discriminación de consumidores.

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/GC2

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”.

8. Por ello, para los casos de procedimientos iniciados por una denuncia de parte, corresponderá al consumidor afectado demostrar la existencia del trato desigual sin que sea necesario que pertenezca a un grupo determinado. Luego de ello, será el proveedor quien deberá acreditar la existencia de una causa objetiva que justifique razonablemente la práctica cuestionada; y, si se supera este nivel probatorio, el denunciante deberá comprobar ante la autoridad que la causa alegada es un pretexto o una simulación para realizar la práctica discriminatoria.
9. De igual modo, en los procedimientos iniciados de oficio corresponderá a la autoridad comprobar la existencia del trato desigual para que, posteriormente, el administrado presuntamente infractor acredite la existencia de una causa objetiva que justifique la práctica analizada. Finalmente, confirmada esta causa, la autoridad nuevamente deberá demostrar que la causa alegada es un pretexto o una simulación para incurrir en la práctica discriminatoria.
10. De acuerdo con lo expuesto, en consonancia con el cambio de criterio definido por este Colegiado, el artículo 39° no realiza ninguna diferenciación en los niveles de gravedad de una práctica discriminatoria; y, por ende, los órganos resolutivos de protección al consumidor, al momento de analizar un trato desigual por parte de los proveedores, deberán ceñirse a las reglas probatorias reseñadas para verificar la comisión de la conducta infractora. Una vez comprobada ella, podrán determinar el nivel de gravedad de la misma, para graduar y, de ser el caso, aplicar una sanción más drástica en función de la práctica discriminatoria acreditada.

Aplicación al caso en concreto

11. La Asociación denunció que La Rosa Náutica entregaba a los comensales dos cartas distintas, azul para los hombres, y amarilla para las mujeres. Las cartas azules contenían la descripción de los platos y sus respectivos precios, y las amarillas solo tenían la descripción de los platos, más no sus precios. Ello, evidenciaba un trato discriminatorio contra las mujeres, quienes al igual que los hombres tenían derecho a conocer los precios de los productos que consumían, en tanto estaban en la posibilidad de pagar sus propias cuentas. Para acreditar sus afirmaciones, la denunciante presentó fotografías de las cartas de comida (amarilla y azul) que entregaba la denunciada a sus comensales, así como un video filmado al interior del establecimiento.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/GC2

12. Al respecto, tanto en sus descargos como en su absolución de apelación, La Rosa Náutica sostuvo que, a fin de mantener un ambiente romántico y acogedor, proporcionaba una carta diferenciada a las mujeres (amarilla) y los hombres (azul).
13. Con lo sostenido por la denunciada, se comprueba la existencia de un trato desigual para hombres y mujeres y, con ello, el primer filtro establecido por la dinámica probatoria del artículo 39° del Código.
14. Superado el primer filtro de análisis, corresponde revisar los argumentos presentados por la denunciada durante todo el procedimiento orientados a acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada sobre la presunta práctica discriminatoria, bajo una óptica de razonabilidad.
15. Durante el procedimiento, La Rosa Náutica señaló en su defensa que, si bien no brindaba un trato desigual a todas las mujeres que asistían a su establecimiento, sí les entregaba la carta amarilla (sin precios) a las que acudían en pareja (hombre y mujer), siendo que por ello no estaba incurriendo en una práctica discriminatoria, en tanto existirían justificaciones objetivas y razonables, materializadas en los siguientes argumentos:
 - (i) Por Política interna, buscaba propiciar un ambiente romántico, brindando un trato diferente a las mujeres que acudían a su local acompañadas de su pareja, como un distintivo de su servicio;
 - (ii) buscaba enaltecer la posición de una mujer dentro de una pareja, considerando como una forma de halago el hecho de que pueda pasar una velada romántica y agradable sin tomar en cuenta el costo de los servicios, en tanto era un restaurante que se caracterizaba principalmente por contar en su diseño, arquitectura, colores y esencia en general, con detalles que guardaban relación con la delicadeza de la mujer; y,
 - (iii) existían otras situaciones en las que se brindaba un trato halagador a la mujer que, en línea con lo sostenido por la Asociación, constituirían también un acto de discriminación por razón de sexo; no obstante, todo ello brindaba un trato favorecedor y no perjudicial a las mujeres, justamente porque se resaltaba su calidad e importancia dentro de la sociedad.
16. En relación con el primer argumento, los vocales que suscriben el presente voto consideran que una "Política Interna" no puede ser el sustento para que un establecimiento comercial brinde un servicio discriminatorio, dado que tanto el Estado como los particulares se encuentran obligados a respetar los derechos fundamentales de las personas, como es el derecho a la igualdad.
17. En efecto, el Tribunal Constitucional ha subrayado en reiteradas sentencias



que los derechos fundamentales vinculan, no sólo a los poderes públicos, sino también a los privados, reconociendo lo que en doctrina se denomina “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”³⁵, de allí que tanto el Estado como los particulares tienen el deber de respetar los derechos fundamentales de las personas³⁶.

18. Aquí, es importante mencionar que, no se desconoce el derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa consagradas en los artículos 58³⁷ y 59³⁸ de la Constitución Política del Perú; no obstante, consideramos que dichas libertades deben ejercerse en el marco del respeto a los derechos fundamentales de las personas.
19. Ahora, sin perjuicio de lo antes mencionado, es importante tener en cuenta que no todo trato desigual es una discriminación constitucionalmente prohibida, puesto que no basta con que un establecimiento establezca una desigualdad, sino que esta, además, no pueda ser justificada objetivamente; en consecuencia, si una política interna, que establece una desigualdad, no es contraria al ordenamiento legal o no resulte discriminatoria, resulta válida; y, por tanto, no debe ser censurada o pasible de sanción.
20. Bajo este contexto, los vocales que suscriben el presente voto consideran que el segundo y tercer argumento de la denunciada precisamente describe la finalidad de su política interna que, a consideración de estos vocales a diferencia de los del otro voto, el hecho de entregar cartas de comidas diferenciadas a hombres y mujeres, obedece a un acto de galantería que la denunciada deseaba brindar a sus comensales, sobre todo a estas últimas, cuando acudían a su local, a pasar un momento especial (celebración en pareja). Las instalaciones, acordes con la velada que ofrecía a sus clientes y la entrega de rosas que se aprecia en el servicio brindado por la empresa, solo eran parte de esta atención preferencial que se ofrecía a las mujeres, siendo que de este servicio especial que impartía La Rosa Náutica a las

³⁵ “Conforme al artículo 38° de la Constitución, ‘Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución’, norma que impone el deber de respetar los derechos de todos, sea que desarrollen sus actividades en la esfera privada o pública”. Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 2004, recaída en el Expediente 1848-2004-AA/TC. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>

³⁶ Cfr. Sentencia del 5 de marzo de 2019, recaída en el Expediente 01479-2018-PA/TC., Sentencia del 6 de noviembre de 2008, recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC.

³⁷ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 58°.**- 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.

³⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 59°.**- 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 públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/GC2

clientes -de modo alguno- se podía inferir que la empresa vulneraba el derecho de igualdad de las mujeres, tal como lo sostenía la Asociación.

21. Efectivamente, no se evidencia que el servicio diferenciado brindado por la denunciada estaba afectando la capacidad de goce y ejercicio de las mujeres, sino que únicamente se les estaba brindado una atención especial en su calidad de cliente mujer, lo que no las perjudicaba en ningún sentido.
22. Además, en el supuesto que las mujeres (que recibieron la carta amarilla) desearan saber los precios de los platos que querían consumir, si así lo decidieran, estaban en la posibilidad de conocerlos en cualquier momento, dado que sus parejas tenían la carta azul con precios o, en todo caso, podían solicitarlas al personal del local, situación que de modo alguno, a diferencia del otro voto, implica un esfuerzo o sacrificio por parte de las comensales por el cual el local amerite ser sancionado.
23. En esta línea, es importante destacar que de autos no quedó acreditada una situación en la que las mujeres hayan solicitado la carta azul con precios y el personal de La Rosa Náutica les haya negado. Por el contrario, se debe tener en cuenta que la denunciada contaba con una carta con precios en la entrada de su local, a fin de que todo comensal o cliente se enterase de los precios de los platos ofrecidos, tal como finalmente quedó corroborado en la Constatación notarial realizada en el establecimiento denunciado, que obra a foja 84 del Expediente.
24. En conclusión, se evidencia que si bien existió un trato diferenciado brindado por la denunciada a hombres y mujeres, este no tenía un ánimo discriminatorio en contra de estas últimas, dado que no se observa que con dicho trato se haya menoscabado o anulado el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las mujeres, en tanto estas al entrar al establecimiento de la denunciada, estaban en la posibilidad de poder conocer el precio de los productos que deseaban consumir, ya sea observando la carta azul entregada a su pareja, solicitándolo al personal que la estuviera atendiendo, o finalmente acercándose a la entrada del establecimiento, acciones que no ameritaban un esfuerzo adicional.
25. Finalmente, al margen de lo expuesto, estos vocales consideran que la infracción denunciada no ha quedado probada, en tanto la Asociación no ha abordado otras situaciones tales como si los comensales hubieran sido todas mujeres, verificando si en ese supuesto, siguiendo la tesis de la denunciante, se les hubiera entregado a todas cartas sin precios (cartas amarillas); por tanto, las pruebas aportadas por la asociación de consumidores no puede llevar a la autoridad a aseverar que, con lo actuado, quedaba acreditada a todas luces la discriminación invocada.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/GC2

26. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde confirmar la resolución recurrida, que declaró infundada la denuncia contra La Rosa Náutica, por presunta infracción del artículo 38° del Código, al haberse acreditado que la denunciada no incurrió en prácticas discriminatorias, pues entregaba cartas de comida diferenciadas para hombres y mujeres como un acto de galantería, que en ningún modo afectaba el derecho a la igualdad de las mujeres. En consecuencia, corresponde confirmar la referida resolución, en el extremo que denegó la solicitud de medidas correctivas y la condena al pago de las costas y costos del procedimiento formulada por la Asociación.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA

OSWALDO DEL CARMEN HUNDSKOPF EXEBIO

Habiéndose producido un empate en la votación de la presente resolución, el Presidente de la Sala Especializada en Protección al Consumidor hace ejercicio de su voto dirimente establecido en el artículo 15° de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobada mediante Decreto Legislativo 1033³⁹. Por lo que se resuelve lo siguiente:

PRIMERO: Revocar la Resolución 0271-2019/CC2 del 8 de febrero de 2019, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por Asociación de Consumidores Indignados Perú (ACIP) contra La Rosa Náutica S.A; y, en consecuencia, declarar fundada la misma, por infracción del artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que la denunciada entregaba cartas de comida diferenciadas para hombres y mujeres, sin una justificación válida, incurriendo de dicho modo en una práctica discriminatoria. Ello, en la medida que las cartas para los hombres (cartas azules) contaban con los respectivos precios de los platos, mientras que las cartas para las mujeres no contenían tales precios (cartas amarillas).

³⁹

DECRETO LEGISLATIVO 1033, DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI.- Artículo 15°.- De la organización de las Salas del Tribunal:

15.1 Cada Sala del Tribunal elegirá a un Presidente y Vicepresidente por el período de un año, siendo posible su reelección. Los Vicepresidentes sustituirán a los Presidentes en caso de ausencia, recusación o abstención y, en dicha circunstancia, suscribirán las resoluciones, correspondencia y documentos correspondientes.

15.2 Cada Sala requiere la concurrencia de cuatro (4) vocales para sesionar. Aprueba sus resoluciones con tres (3) votos conformes. El Presidente de Sala tiene voto dirimente en caso de empate.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/GC2

SEGUNDO: Sancionar a La Rosa Náutica S.A con una multa de 50 UIT por infracción del artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al incurrir en prácticas discriminatorias como la detectada en el procedimiento.

Asimismo, se requiere a La Rosa Náutica S.A. el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, precisándose que, los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento.

TERCERO: Ordenar a La Rosa Náutica S.A., como medidas correctivas, lo siguiente:

- (i) De manera inmediata, contado a partir de la recepción de la notificación de la presente resolución, cumpla con dejar de entregar cartas de comida sin precios a las mujeres que acudan a su local comercial, debiendo proporcionar cartas (con precios y demás requisitos) iguales a hombres y mujeres. Y en lo sucesivo, cumpla con brindar un trato igual a sus comensales cuando se encuentren en igualdad de condiciones;
- (ii) en el plazo máximo de 60 días contado a partir de la recepción de la notificación de la presente resolución, cumpla con brindar una capacitación sobre prevención de discriminación por razón de sexo a todos los trabajadores de su establecimiento que: (a) participen en la creación, diseño, ejecución o supervisión de las políticas comerciales o similares de la empresa; (b) 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; y, (c) debido a sus labores puedan verse involucrados en una práctica comercial como la sancionada. La referida capacitación deberá reflejar el involucramiento de los principales directivos de la empresa (directores, gerentes, jefes o rangos similares) y contar con mecanismos de registro de asistentes, así como de evaluación de los contenidos impartidos; y,
- (iii) de manera inmediata, cumpla con colocar de forma permanente un cartel al interior de su establecimiento abierto al público, en un lugar visible y fácilmente accesible, con el siguiente mensaje: *“Este establecimiento está prohibido de 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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 2758-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0955-2018/GC2

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.

Asimismo, se informa a La Rosa Náutica S.A. que deberá presentar a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas ordenadas en el término máximo de 5 días hábiles, contado a partir de los vencimientos otorgados para cada una; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° del Código de Protección y Defensa del Consumidor. De otro lado, se informa a Asociación de Consumidores Indignados (ACIP) que -en caso se produzca el incumplimiento del mandato- podrá comunicarlo a la primera instancia, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI.

CUARTO: Condenar a La Rosa Náutica S.A. a que, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de notificada la presente resolución, cumpla con pagar a Asociación de Consumidores Indignados Perú (ACIP) las costas del procedimiento por un monto ascendente a S/ 36,00. Sin perjuicio de ello y, de considerarlo pertinente, la denunciante podrá solicitar el reembolso de los montos adicionales en que hubiese incurrido para la tramitación del presente procedimiento, para lo cual deberá presentar una solicitud de liquidación de costos ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos N° 1 del Indecopi.

QUINTO: Disponer la inscripción de La Rosa Náutica S.A. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi por la infracción acreditada.

SEXTO: Otorgar a Asociación de Consumidores Indignados Perú (ACIP) la participación del 31,25% de la multa impuesta a La Rosa Náutica S.A., por infracción del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente