

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



Sobre la Diferencia entre Discriminación y Trato Diferenciado
en el Consumo

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogada

Autor:

Claudia Fernanda Legua Zúñiga

Asesor(es):

Julio Baltazar Durand Carrión

Lima, 2022

Para mi sobrino, Franco.



Resumen

El presente informe analizará la Resolución N° 735-2022/SPC-INDECOPI, donde se resuelve la controversia entre una mujer trans¹ y Altek Trading S.A.C.² e Inmuebles Panamericana S.A.C.³, mediante la cual la Sala de Protección al Consumidor del Indecopi realiza un cambio de criterio respecto al uso de baños por parte de personas trans, favoreciendo a la identidad de género de la administrada.

Revisaremos dos aspectos de la decisión a la Sala –(i) los requisitos para la constitución de un acto de discriminación y (ii) la determinación de obligaciones para el proveedor a partir de sus conductas- para verificar si la resolución es un avance en el reconocimiento de derechos fundamentales a través de la protección al consumidor. Para ello, se debe revisar el marco legal de los derechos fundamentales de las personas trans; pero, a diferencia del análisis de la Sala, nos concentraremos en el reconocimiento nacional de estos, a través de tratados vinculantes y jurisprudencia constitucional.

Con esas premisas, veremos cómo, en este caso, no era necesaria la evaluación de una justificación objetiva para determinar la constitución de un acto de discriminación; y que el proveedor, luego de cierto tiempo de adoptar una actitud a favor del consumidor, mantiene una obligación de continuar dicha actitud.

Palabras Clave: Derechos Fundamentales, Identidad de Género, Protección al Consumidor, Deber de Idoneidad, Discriminación.

Abstract

¹ El nombre de la denunciante se mantiene reservado; por lo que en adelante nos referiremos a ella como “la denunciante”.

² En adelante, “Altek”.

³ En adelante, “Inmuebles Panamericana”.

The present paper will analyze Resolution N° 735-2022/SPC-INDECOPI, which resolves the controversy between a trans woman and Altek Trading S.A.C. and Inmuebles Panamericana S.A.C., through which the Superior Tribunal of Consumer Protection of Indecopi makes a change in criteria regarding the bathroom use of trans people, benefitting Claimant's right of gender identity.

We will revise two aspects of the Tribunal decision –(i) the requirements of the constitution of an act of discrimination and (ii) the constitution of obligations for the provider from its own actions- in order to verify if the resolution is an advance on the recognition of fundamental rights through consumer protection. For that purpose, we shall revise the legal frame of trans people fundamental rights; but, unlike the Tribunal, we will focus on their national recognition, through bonding international treaties and constitutional jurisprudence.

With said premises, we will see how, in this case, it was not necessary to evaluate the existence of an objective justification to determine the constitution of an act of discrimination; and that the provider, after adopting a conduct in favor of the consumer for some time, will have an obligation to continue said conduct.

Keywords: Fundamental Rights, Gender Identity, Consumer Protection, Duty of Suitability, Discrimination.

Índice:

I.	Introducción e Hipótesis.	1
II.	Justificación de la Elección de la Resolución.	3
III.	Hechos Relevantes:	5
31.	Sobre el Reconocimiento Nacional de los Derechos de las Personas Trans en el Perú.	5
31.1.	Sobre la Discriminación de Personas Trans en el Perú.	5
31.2.	Reconocimiento Internacional	5
31.3.	Reconocimiento Nacional	7
31.4.	Semejanzas y Diferencias entre el Ámbito de Derechos Humanos y en Protección al Consumidor.	7
32.	Hechos del Caso.	11
33.	Sobre la Relación de Consumo de las Partes.	15
IV.	Primer Problema Jurídico: En el Presente Caso, ¿La Sala debía Verificar si Existía un Motivo Justificado para Acreditar el Acto de Discriminación?	18
4.1.	Subproblema 1: ¿Cómo Debemos Entender la Discriminación en la Protección al Consumidor?	19
4.1.1.	Situación Anterior.	19
4.1.2.	Cambio de Criterio – Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI.	19
4.1.3.	Crítica y Propuesta Interpretativa.	20
4.2.	Subproblema 2: Habiendo Acreditado la Existencia de un Trato Diferenciado por un Motivo Prohibido, ¿Es Necesario Evaluar la Existencia de un Motivo Justificado?	23
4.3.	Subproblema 3: ¿Esta Interpretación es Beneficiosa para el Mercado?	26
V.	Segundo Problema Jurídico: ¿Existía una Obligación de Altek Trading S.A.C. de Permitir el Uso de Baños en Atención a su Comportamiento Anterior?	27
5.1.	Subproblema 1: ¿El Proveedor puede Adquirir una Obligación por una Decisión Comercial?	27
5.2.	Subproblema 2: ¿Cualquier Decisión Comercial puede Constituir una Obligación?	28
VI.	Conclusiones.	31

VII. Recomendaciones.

VIII. Bibliografía.

33



I. Introducción e Hipótesis:

El presente trabajo trata del acercamiento al concepto de discriminación desarrollado por Indecopi y plasmado en la Resolución N° 735-2022/SPC-INDECOPI. A partir del presente caso, si bien nos encontramos de acuerdo con su resultado, podemos analizar las falencias y desperfectos de equiparar la discriminación y el trato diferenciado como una misma infracción al artículo 38° del Código.

A partir de esta unificación, se crea una diferencia entre la discriminación en derechos humanos y la discriminación en el consumo; la cual no solo es innecesaria, si no que trae problemas para nuestro sistema jurídico.

Mediante el análisis de la normativa aplicable, resoluciones de la materia y jurisprudencia nacional e internacional; evaluaremos correspondía que la Sala analice la discriminación con todos los elementos tocados en la Resolución o si no debía analizar.

Con ello, podremos concluir que (i) la discriminación y el trato diferenciado no son iguales, por lo que deben ser diferenciados como una infracción al mandato de no discriminación y al deber de idoneidad y que (ii) Altek tenía la obligación de permitir el uso de baños por parte de la denunciante ya sea si se considera a este uso como una costumbre previsible en el mercado como si no.

Hipótesis:

- Sobre el Primer Problema Jurídico, considero que no era necesario que la Sala analizara si existía una justificación objetiva para determinar la existencia de un acto de discriminación; en tanto ya había quedado acreditado que (i) había existido un trato diferenciado y (ii) que este se había realizado en virtud de un motivo prohibido.
- Sobre el Segundo Problema Jurídico, creo que Altek sí había adquirido una obligación de permitir el uso del baño de mujeres por parte de la denunciante, en tanto el tiempo en el que se permitió dicha conducta había generado nuevas expectativas en la denunciante en su calidad de consumidora, de manera que se había constituido una garantía implícita, la cual debía respetar.

- Sobre el Tercer Problema Jurídico, considero que un reclamo que no verse sobre la situación jurídica del reclamante y solicite una conducta ilícita por parte del proveedor no debería ser considerado como válidamente interpuesto.



II. Justificación de la Elección de la Resolución:

Actualmente, nos encontramos en una etapa de reconocimiento de derechos a favor de grupos históricamente violentados, discriminados y/o puestos en una situación de vulnerabilidad. Para el caso de la comunidad LGTBIQ+, por ejemplo, solo en el 2020, se reconoció la validez del matrimonio igualitario en Costa Rica⁴ y la unión civil en Bolivia⁵.

El presente caso, versa sobre una denuncia interpuesta por una mujer trans contra Altek e Inmuebles Panamericanas, administradores del centro comercial Mega Plaza de Chimbote; acerca del uso de baños que corresponden a su identidad de género (distintos a los “correspondientes” a su sexo biológico).

Este tema ha sido bastante controvertido, incluso a nivel internacional. A partir de las experiencias de personas trans, investigadas por el Instituto Williams de la Universidad de California en Los Angeles (UCLA), vemos que un alto porcentaje de personas trans ha tenido **experiencias negativas** al momento de interactuar en lugares públicos (incluyendo baños). Estas experiencias van desde miradas, hasta violencia verbal y física. Además, existen múltiples testimonios donde se relata cómo es vivir con el miedo de incomodar a un tercero y que este realice alguna queja o ataque en su contra⁶.

Creo que este caso representa bastante bien una faceta del reconocimiento o avance de derechos fundamentales que no es apreciada con la importancia con la que se debería: el reconocimiento de derechos en las actividades cotidianas de un grupo vulnerable. Las personas privilegiadas (en este caso, las personas cis) tomamos como ciertas muchas cosas que, para algunos grupos, representan años de lucha. En este caso, la lucha por ir al baño correspondiente con el género con el que te identificas.

Usualmente, tanto la prensa como los ciudadanos, nos concentramos en el reconocimiento a nivel de altos tribunales (como el Tribunal Constitucional o la CIDH); cuando, en realidad, el verdadero avance se produce cuando los cambios en la sociedad alcanzan el ámbito cotidiano de la persona: cuando realmente puede ejercer plenamente sus derechos en su día a día.

⁴(Cabrera, 2020).

⁵(Arciniegas, 2020)

⁶(Lang, 2016).

A diferencia de otras ramas del derecho, la Protección al Consumidor, al tratar sobre la adquisición/provisión de bienes y servicios, permite al estado intervenir en las interacciones más básicas entre las personas y el mercado (p.e. compras en el supermercado). Entonces, cabe preguntarnos ¿cómo se reconoce los derechos de grupos vulnerables en estas instancias? o, incluso, ¿es posible reconocer el alcance de un derecho a partir de la protección al consumidor?

A nivel peruano, no ha existido un caso a nivel judicial en el que se haya reconocido el derecho a ir al baño por parte de las personas trans; por lo que la Resolución objeto de estudio se convierte en una decisión **pionera**, al cambiar el criterio anterior de la Sala, favoreciendo a un grupo vulnerable. Siendo así, considero que es relevante, tanto para la academia como para la sociedad, evaluar el alcance de las entidades administrativas en esta materia y si la controversia ha sido resuelta correctamente, conforme al marco legal aplicable.

Asimismo, nos permite evaluar cuáles son los alcances del deber de no discriminación y los requisitos para su constitución: ¿Los requisitos son excesivos? ¿son bajos? O, en este caso, ¿es posible omitir un requisito si han quedado acreditados los demás? Todas estas interrogantes deben ser respondidas, a efectos de verificar si la apreciación actual de ese concepto responde eficientemente a la necesidad social de tutelar el derecho a la igualdad de las personas; sin perjudicar o desequilibrar al mercado.

En suma, la presente Resolución es un objeto de estudio relevante en tanto (i) permite observar el reconocimiento de derechos fundamentales a través de la protección al consumidor (ii) representa un cambio de criterio pionero en el reconocimiento de derechos de personas trans, y (iii) nos permite reevaluar el mandato de no discriminación, a efectos de verificar si sigue adecuándose a los cambios de la sociedad.

III. Hechos Relevantes:

III.1. Sobre el Reconocimiento Nacional de los Derechos de las Personas Trans en el Perú:

III.1.1. Sobre la Discriminación de Personas Trans en el Perú:

De acuerdo con el Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Personas LGBTI en el Perú elaborado por Promsex⁷, en el 2020, las mujeres trans habrían sido víctimas de cinco (05) casos de feminicidio, conforme a lo reportado por los medios de comunicación, donde las ocurrencias habrían sido violentas.

Además, durante enero a noviembre de dicho año, se habrían atendido cincuenta y dos (52) casos de violencia contra personas LGBTI, grupo que incluye a las personas trans, en los Centros de Emergencia Mujer. Estos casos comprenden hechos de violencia psicológica, física y sexual.

Finalmente, durante el contexto de la pandemia, mediante Decreto Supremo N° 057-2020-PCM, el Poder Ejecutivo estableció restricciones de tránsito en base al sexo (los hombres podían salir en determinados días y las mujeres en otros); sin considerar la diversidad de identidad de género. En consecuencia, se reportaron múltiples casos de violencia y discriminación por parte de efectivos de la Policía Nacional del Perú.

A partir de los ejemplos citados, vemos que las personas trans conforman un grupo bastante vulnerable dentro de nuestro contexto social, producto de las creencias sexistas y transfóbicas que se encuentran presentes en el Perú; incluso dentro de las instituciones del estado. Esta situación genera una obstrucción o, a veces, impedimento para el ejercicio de sus derechos. Siendo así, existe una necesidad imperativa, en virtud del derecho a la igualdad, de contar con un reconocimiento de derechos de las personas trans en el Perú.

III.1.2. Reconocimiento Internacional:

⁷ (Promsex, 2020).

Los derechos de igualdad y no discriminación están reconocidos en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸. Si bien están estrechamente relacionados, cada uno tiene un contenido específico: el respeto al derecho a la igualdad proscribire los tratos diferenciados irrazonables (arbitrariedad), mientras que el derecho a la no discriminación se concentra en los casos donde las conductas se deban a un motivo prohibido⁹.

De acuerdo con la Corte IDH, los motivos prohibidos son criterios que no pueden ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables; deben ser (i) rasgos permanentes de las personas que no pueden prescindir sin perder su identidad, (ii) grupos tradicionalmente subordinados o vulnerables y (iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales¹⁰.

Como vemos, existe una relación de género-especie entre ambos conceptos: cualquier acto de discriminación constituye un trato diferenciado.

Los alcances de estos derechos se establecen a través de los Principios de Yogyakarta, que indican que “[T]odas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”. Así, determinan que se constituye un acto de discriminación por motivos de identidad de género cuando existe una distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en este criterio, que tenga por objeto el menoscabo de la igualdad ante la ley o de protección por parte de la ley; así como del goce o ejercicio de libertades fundamentales.

La Corte IDH comparte este criterio, conforme lo señala en la Opinión Consultiva N° OC 24/17, donde señala que la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe cualquier norma, acto o práctica discriminatoria en base a la identidad de género; ya que es una categoría protegida por su artículo 1.1¹¹.

⁸ **Artículo 2.** *Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*

⁹ (Lengua, 2019).

¹⁰ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

¹¹ **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 motivos de raza, color, sexo,*

Asimismo, la Corte IDH deja establecida la protección de este concepto en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile:

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención¹².

III.1.3. Reconocimiento Nacional:

El Tribunal Constitucional, mediante Sentencia correspondiente al Expediente N° 06040-2015-PA/TC (Caso Ana Romero), determina que el estado peruano tiene un deber especial en relación con el reconocimiento de las personas trans; en virtud de (i) la calidad de derecho de la identidad de género y (ii) la situación de especial vulnerabilidad y permanente discriminación en la que viven constante e históricamente. En consecuencia, concluye que la identidad de género es una expresión de la diversidad humana que merece protección constitucional.

En la misma sentencia, en el numeral 38, señala que el mandato de no discriminación se extiende a nuevos supuestos (conforme va avanzando la sociedad) que, pese a no haber sido mencionados en el artículo 2.2. de la Constitución, viven una situación permanente de denegación de derechos. Así, determinan expresamente que la identidad de género y la situación de las personas trans se encuentra amparada bajo este mandato.

III.1.4. Semejanzas y Diferencias entre el Ámbito de Derechos Humanos y en Protección al Consumidor:

Conforme hemos expuesto en las secciones anteriores, el mandato de no discriminación es un concepto relacionado con el derecho a la igualdad y se encuentra reconocido a nivel internacional y nacional. Entonces, ¿cuál es su relación con la protección al consumidor?

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹²(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012)

El artículo 38° del Código establece la prohibición a los proveedores de discriminar a los consumidores:

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 es tos 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.

Siendo así, cabe analizar los acercamientos y diferencias entre las perspectivas de derechos humanos y protección al consumidor.

Primero, es importante señalar que el reconocimiento de derechos humanos alcanza a la protección al consumidor. Julio Durand señala lo siguiente:

*Los valores jurídicos universales que han fundamentado los derechos humanos —la vida, la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la fraternidad— no se pierden en la estructura de los derechos del consumidor, porque están inmersos en ellos, hasta tal punto que **en cada norma que establece un derecho del consumidor subyacen sin duda prerrogativas de derechos fundamentales y constitucionales.** Veremos, por ejemplo, que detrás de cada reclamo hay un drama social y humano que no se puede desconocer. De ahí que se deba reclamar un razonamiento de derechos humanos en el tratamiento jurídico estos derechos¹³.*

[El subrayado y resaltado es nuestro].

Así, vemos que los derechos del consumidor son una manifestación mas del reconocimiento de derechos humanos; de manera que existe una relación estrecha entre ambos conceptos.

Por otro lado, existe un deber del estado de garantizar ambos. El artículo 2° de la CADH¹⁴ establece que los estados deben adoptar disposiciones de derecho interno (medidas legislativas) o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en dicho instrumento. El artículo 105° del Código determina que el Indecopi es la

¹³ (Durand, 2019).

¹⁴ **Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.** Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

autoridad con competencia (primaria) para conocer las infracciones contenidas en dicho texto normativo, de protección al consumidor (que incluye al concepto de discriminación).

Con ello, como una manifestación de la relación mencionada en los párrafos previos, el estado peruano, en general, debe tutelar los derechos a la igualdad y no discriminación en todos los niveles (legislativo, ejecutivo y judicial). Es a partir de este deber que el Indecopi, en su calidad de entidad de la administración pública, tiene la obligación de tutelar los mismos valores, desde la protección al consumidor.

Con ello, vemos que existe una relación entre ambas perspectivas (una es una manifestación de la otra, tanto a nivel conceptual como a nivel de tutela). No obstante, también existen diferencias significativas entre ambas.

Los derechos humanos encuentran su sustento en la dignidad misma del ser humano. Chavez-Fernández señala que la dignidad, a pesar de ser un concepto netamente moral, se relaciona con el derecho al ser el fundamento de los derechos humanos e, incluso, de su forma y estructura¹⁵. Entonces, vemos que los derechos humanos, además de su condición de norma jurídica, constituyen una pretensión de lo que es “correcto y necesario” para la vida digna.

Si bien una parte del sustento de la normativa de protección al consumidor encuentra asidero en los derechos humanos, otra parte se sustenta en la **interacción del consumidor en el mercado**; conforme se señala a continuación:

*Desde este punto de vista, el hombre como sujeto de necesidades se convierte en un **protagonista del mercado**, precisamente por su condición de consumidor. De ahí que tenga todo el derecho de exigir información adecuada, seguridad, trato justo, precios competitivos, calidad, garantía, etc., es decir, una serie de prerrogativas que no deben ser negadas ni discutidas por el sistema jurídico, para **permitirle al individuo tomar una decisión de compra eficiente, libre de influencias negativas que limiten, restrinjan o mediaticen su accionar como agente dinámico del mercado.***

*La materialización de la protección a los consumidores es consecuencia del **reconocimiento de la existencia de una gran mayoría de personas que, al realizar las operaciones normales de la vida diaria, no están en condiciones de conseguir por sí solas calidades y precios adecuados**; estas personas se ven imposibilitadas para ejercer sus derechos por no contar con los recursos necesarios para enfrentarse a los productores y proveedores.*

¹⁵ (Chávez-Fernández, 2020).

[El subrayado y resaltado es nuestro].

A partir de lo citado, vemos que el estado adopta una posición de especial protección en atención la situación de desventaja de los consumidores frente a los proveedores; ya que (la mayoría de las veces) no pueden negociar en igualdad de condiciones, debido a factores como la asimetría informativa.

Adicionalmente, se produce una violación de derechos humanos (propiamente) cuando el estado está relacionado en la comisión de dicho acto. Entonces, cuando la vulneración es realizada por privados, si bien existe un conflicto jurídico, no consiste *per se* en un tema de derechos humanos.

En contraposición a ello, el artículo IV del Título Preliminar del Código determina que un proveedor puede estar constituido por una persona jurídica **de derecho público o derecho privado** que provea bienes o servicios a los consumidores:

Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

(...)

2. *Proveedores.- Las personas naturales o jurídicas, **de derecho público o privado**, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores.*

[El subrayado y resaltado es nuestro].

Entonces, no necesariamente tiene que estar involucrado el estado. Incluso, la mayoría de discusiones de esta rama del derecho se realizan a nivel de privados, como lo indica Durand:

*De ahí que, en todo lo que es garantismo de los derechos humanos de primera generación, ya existan las normas, las leyes, los tratados, la judicatura y la jurisprudencia, para garantizar adecuadamente dichos derechos; eventualmente se denuncian y sancionan los Estados ante cualquier violación de aquellos. Por esta razón, argumentamos que todo este sistema ya está jurídicamente estructurado y se desenvuelve y desarrolla de manera general, con eficiencia y solvencia académica y legal, continua y sostenible; sin embargo, en relación con los derechos y prerrogativas de las personas en el mercado, no podemos decir lo mismo, pues existe un vacío que la dogmática constitucional no ha llenado, quizá porque **en este caso los actores principales, que eventualmente violentan a los consumidores en el mercado, son los operadores de mercado**, que no pertenecen propiamente al Estado, pero sí, mediante sus dinámicas mercantiles, muchas veces suelen transgredir de*

manera sostenida los derechos de las personas, creando inequidades que no podemos negar ni discutir, y que necesitan ser sancionadas por el ius imperium del Estado¹⁶.
[El subrayado y resaltado es nuestro].

Con todo lo expuesto, vemos que, así como existe una relación entre las perspectivas de derechos humanos y protección al consumidor, existen diferencias; principalmente en base a (i) su sustento y (ii) los sujetos que pueden realizar una vulneración a los valores protegidos.

III.2 Hechos del Caso:

Mediante escrito de denuncia con fecha 12 de diciembre de 2009, se interpone denuncia contra Altek e Inmuebles Panamericana en base a los siguientes fundamentos:

- La denunciante trabaja en la peluquería Ivanna Herrera, ubicada al interior del Centro Comercial Mega Plaza en Chimbote (en adelante, Mega Plaza) desde julio del 2019.
- Desde su inicio de actividades, ha venido ingresando al baño de mujeres sin ningún problema.
- El 19 de noviembre del 2019, el personal de control de los servicios higiénicos (ubicado al costado de la peluquería) prohíbe el ingreso al baño de mujeres, indicando que se debía a una orden de la administración. La denunciante acredita esto mediante un video.
- La empleadora de la denunciante le escribe múltiples correos electrónicos a la administración de Mega Plaza acerca de lo sucedido.
- La administradora contesta señalando que no habría habido alguna afectación o acto discriminatorio y que se limitó el uso de los baños en atención a los reclamos de los clientes.
- La denunciante acude a la Defensoría del Pueblo, quien envía la Carta N° 28-2019-DP/OD-ANC/M-CHIM, donde señalan que está prohibido todo tipo de discriminación y ordena medidas por tomar por parte de la empresa. Las medidas no fueron adoptadas por Mega Plaza.
- La denunciante ha sido diagnosticada con un cálculo renal, por lo que tiene una necesidad especial de acudir a los servicios higiénicos con mayor frecuencia.
- La denunciante también es consumidora en las tiendas al interior de Mega Plaza, con lo que se acredita su calidad de consumidora y su derecho a usar los servicios

¹⁶ Ídem.

higiénicos. Acredita ello presentando cuatro (04) boletas de venta de establecimientos ubicados dentro de Mega Plaza.

- La Municipalidad de Provincial del Santa (Chimbote) emitió la Ordenanza N° 32-2012-MPS, donde se prohíben todos los actos de discriminación.

En base a dichos hechos, mediante Resolución N° 2, con fecha 13 de febrero de 2020, se admite a trámite la denuncia por los siguientes hechos imputados:

***PRIMERO:** Admitir a trámite la denuncia del 12 de diciembre de 2019, presentada por la parte denunciante [nombre] contra Inmuebles Panamericana S.A. y a Altek Trading S.A.C., por presuntas infracciones a lo establecido en la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto los proveedores denunciados habrían realizado actos discriminatorios en perjuicio de la parte denunciante, al negarle el ingreso a los servicios higiénicos de mujeres del Centro Comercial Mega Plaza de Chimbote debido a su condición de transfénero y en su lugar se le habría indicado que debía emplear los servicios higiénicos destinados para el uso de personas con discapacidad; hecho que infringiría el artículo 1.1. literal d) y 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.*

La Comisión emite la Resolución Final N° 117-2020/INDECOPI-CHT, mediante la cual declara improcedente la denuncia en tanto la denunciante no mantenía una relación de consumo con ninguna de las empresas denunciadas ya que (i) los hechos de la denuncia habrían ocurrido en el marco de una relación contractual entre Altek y KF, pero no dentro de una relación de consumo ya que la denunciante era trabajadora de KF; e (ii) Inmuebles Panamericana no se dedica a la operación o administración de Mega Plaza.

En respuesta a dicho resultado, la denunciante interpuso Recurso de Apelación, con lo que la Sala emite la Resolución N° 2310-2020/SPC-INDECOPI, mediante la cual confirma la improcedencia de la denuncia respecto a Inmuebles Panamericana y, acerca de los extremos contra Altek, resuelve lo siguiente:

- La denunciante es trabajadora de KF y tiene derechos y obligaciones particulares frente a Mega Plaza, dentro del contexto de la relación entablada entre Altek y KF. No obstante, esta relación (y las situaciones jurídicas que determina) no alcanza a las personas que prestan servicios para la actividad económica desarrollada por las empresas arrendatarias. Entonces, las personas que forman parte de las empresas (p.e. trabajadores) pueden ser agentes del mercado.
- La Comisión habría extrapolado los aspectos del contrato suscrito entre Altek y KF a la relación con la denunciante, cuando existe una marcada diferencia entre ambos ámbitos.

- Es irrelevante que la denunciante sea trabajadora de KF pues sus actividades permiten que se desenvuelva libremente dentro de un mercado determinado (Mega Plaza), con lo que se convierte en una potencial consumidora.
- Altek en su calidad de propietario y administrador del centro comercial es proveedor del servicio de servicios higiénicos, debiendo ofrecerlos en conformidad a las disposiciones del Código.

A partir de dicho razonamiento, se revoca la resolución de primera instancia y se declara procedente la denuncia contra Altek.

En consecuencia, el expediente fue remitido nuevamente a la Comisión, quien, mediante Resolución N° 97-2021/INDECOPI-CHT, declara infundada la denuncia contra Altek en base que RNE determina la diferencia de baños en base a las características biológicas de sus usuarios, por lo que ello debe considerarse al momento de determinar el uso de los espacios. Así, se constituye una causa objetiva y justificada para negar el acceso al baño de mujeres a una persona del sexo masculino).

Nuevamente, la parte denunciante presenta un Recurso de Apelación. Antes de resolver, cuatro integrantes de la Sala (los vocales Raymundo Villa, Espinoza Espinoza, Durand Carrión, Barrantes Cáceres) se abstienen de la presente materia.

En segunda instancia, la Sala, mediante Resolución N° 735-2022/SPC-INDECOPI, efectúa un cambio de criterio respecto del uso de baños por parte de personas trans y resuelve de la siguiente manera:

- Se desestima la solicitud de nulidad del Proveído N° 1 de Inmuebles Panamericana porque se ha salvaguardado su derecho al debido procedimiento y a la transparencia del mismo ya que se notificaron todos los actuados.
- La Sala analiza el criterio establecido en mediante Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI, donde establece que las conductas donde haya un trato desigual deben evaluarse acreditando únicamente el trato desigual para establecer que existió discriminación. Esto no implica desconocer que hay actos discriminatorios más graves que otros (p.e. basados en la raza de los consumidores).
- En estos casos, se invierte la carga de la prueba porque los proveedores son quienes están en mejor posición para acreditar la existencia de un motivo objetivo.
- El derecho internacional ampara la discriminación por motivos de identidad de género. Por este motivo, cualquier trato diferenciado que pudiera brindar un

proveedor en base a la identidad de género que menoscabe, restrinja o limite el goce o ejercicio de derechos es una infracción a las normas de protección al consumidor.

- Se analiza el contenido del video presentado por la denunciante y se establece que (i) Altek habría obligado a la denunciante a utilizar el baño de hombres, (ii) frente a la negativa de la denunciante, el encargado del baño le plantea la alternativa de usar el baño de personas con discapacidad e indica que la limitación proviene de los administradores del centro comercial, y (iii) le comenta que la presencia de la denunciante en los baños de mujeres habría incomodado a una clienta.
- A partir del intercambio de correos entre la administración y la empleadora de la denunciante, queda acreditado que (i) se dio la alternativa relativa al baño de personas con discapacidad y (ii) que la negativa de uso de realizaba en base “a la normativa de funcionamiento de centros comerciales.
- Con ello, queda acreditado que hubo un trato diferenciado justificado en la identidad de género de la denunciante y porque ello habría causado incomodidad a una clienta; y que fue Altek quien dio la orden a la empresa encargada de los servicios que limiten el acceso de la denunciante. Entonces, corresponde analizar la existencia de una causa objetiva y justificada.
- Altek señala que estaba cumpliendo con el RNE. Sin embargo, las normas citadas hablan de las construcciones de las edificaciones y no de las interacciones entre estos y las personas. Tampoco se observa que restrinjan el uso de los baños a partir del sexo biológico.
- Para determinar el uso de baños de hombres o mujeres resulta razonable que se considere la identidad de género de la persona pues es suficiente para cualquier persona demostrar una apariencia física de hombre o mujer para hacer uso de los servicios higiénicos, sin que sea necesario acreditar el sexo. Cabe precisar que el RNE no restringe el uso de servicios.
- Sobre la falta de privacidad y seguridad que implica el uso de baños, la Sala comenta que no se ha acreditado la existencia de un reclamo. Además, la denunciante habría usado el baño desde julio hasta noviembre de 2019 sin algún incidente. De manera que queda acreditado que el acceso no implica una situación de riesgo o inseguridad. Ello es corroborado a partir de un precedente americano.
- En el contexto social del país, existen altos índices de discriminación y violencia contra las personas trans, por lo que son un grupo que goza de especial protección.

- Declaran que no hay una causa objetiva pues la identidad de género implicaba que podía usar los baños de mujeres y la parte denunciante limitó dicha posibilidad. Así, corresponde declarar fundada la denuncia.
- Sobre la graduación de la sanción, señalan que el beneficio ilícito puede ser uno de los criterios que tenga en cuenta la autoridad, pero no es el único. Así, independientemente de los pronunciamientos anteriores, la discriminación es, y siempre ha sido, un acto prohibido por la legislación actual; la cual se presume conocida. Además, la infracción afectó la dignidad y los derechos de la denunciante, por lo que la sanción debe ser proporcional a la gravedad de la conducta y busca desincentivar su ocurrencia en un futuro. En base a ello, se determina imponer una multa de 50 UIT.
- Finalmente, se dicta la medida correctiva la siguiente medida correctiva; (i) realizar una capacitación para todo el personal que atienda clientes e (ii) implementar un cartel que señale la prohibición de discriminación en el establecimiento.

III.3. Sobre la Relación de Consumo de las Partes:

A efectos de analizar el fondo de la presente controversia, es pertinente analizar las cuestiones procedimentales revisadas por Indecopi; siendo la más importante si es que existe una relación de consumo entre la Denunciante y Altek (en su calidad de administrador del centro comercial).

Respecto del uso de baños en centros comerciales, Indecopi se ha pronunciado en situaciones similares y en la Resolución N° 324-2014/SC2 establece:

*12. El numeral 1 del artículo IV del Código define como consumidores a las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como **destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales**, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Ello ocurre por ejemplo, con los bienes que son comprados para ser regalados; cuando el anfitrión de una fiesta contrata servicios de buffet o catering para sus invitados; o en el caso de los pasajes aéreos o paquetes turísticos adquiridos a nombre de un tercero.*

*13. En ese sentido, el ámbito de aplicación de la citada norma no se encuentra restringido exclusivamente a los compradores o contratantes de un producto o servicio, pues como se ha señalado **una persona puede entrar en contacto con dichas prestaciones sin que medie una relación contractual con el proveedor.***

*14. Anteriormente, la Sala ha tenido oportunidad de destacar que **la aplicación de una noción amplia de consumidor se justifica en la finalidad última de los procedimientos sancionadores en esta materia: cautelar el interés colectivo de los consumidores a través de la evaluación de pretensiones de naturaleza individual.** Esto último opera como un mecanismo mediante el cual la autoridad administrativa puede identificar la actuación de los proveedores en el mercado y, de ser el caso, sancionar las infracciones al Código para disuadir o prevenir dichas conductas.*

(...)

*16. Tomando en consideración lo expuesto, el menor hijo de la señora Guzmán califica como consumidor ya que, **a pesar de que no concretó compra alguna, se vio expuesto a las prácticas comerciales de Ripley para la venta de sus productos.** [El subrayado y resaltado es nuestro].*

A partir de lo citado, vemos que se puede considerar como consumidor a una persona que no haya realizado compra alguna con el establecimiento; pues la finalidad del Código es proteger a los consumidores en sus pretensiones individuales, incluyendo a aquellos que se vean **expuestos** a las prestaciones realizadas por el proveedor.

En ese sentido, los Lineamientos de Protección al Consumidor¹⁷ determinan que una relación de consumo no se trata de una relación formal directa de traslado del precio – producto/servicio: comprende los servicios complementarios que pueden incentivar o definir la elección de consumo de los clientes a su favor.

Este criterio coincide con lo determinado en el artículo III del Título Preliminar del Código, que determina que el ámbito de aplicación de la norma se extiende a (i) las personas que se encuentren expuestas a una relación de consumo o a una etapa preliminar; así como para (ii) las operaciones gratuitas que tengan como propósito el incentivar el consumo.

En el presente caso, el servicio de baño (por el cual Altek cobraba S/ 0.50) es un servicio ofrecido por los centros comerciales para incentivar el consumo de los consumidores, en beneficio de sus arrendatarios. Entonces, la denunciante se encuentra en una etapa preliminar de una posible relación (que el centro comercial busca incentivar), por lo que se ve expuesta a los efectos de este servicio complementario. Además, incluso si en el caso no medio una contraprestación económica a favor de Altek (la denunciante no pagó la tarifa de S/ 0.50), sigue encontrándose dentro de las situaciones descritas por el artículo III.

¹⁷ (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, 2019).

No obstante, el presente caso se diferencia del citado en que la denunciante es trabajadora de un establecimiento ubicado dentro del centro comercial. La Sala (en la Resolución N° 2310-2020/SPC-INDECOPI) señala que ello no merma su calidad de consumidora pues la relación entre KF y Altek no alcanza la esfera jurídica de los trabajadores de las empresas arrendatarias de un centro comercial. Así, los trabajadores pueden constituir agentes de mercado; al haber una diferencia entre ambos ámbitos.

Entonces, es irrelevante que la denunciante sea trabajadora de KF pues sus actividades permiten que se desenvuelva libremente dentro de un mercado determinado (Mega Plaza), con lo que se convierte en una potencial consumidora.

Por lo tanto, en aplicación del artículo III del Título Preliminar del Código, se debe considerar que la denunciante es consumidora pues al usar (a pesar de no haber pagado) un servicio complementario ofrecido por Altek en el centro comercial para incentivar consumos dentro de dicho establecimiento, se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Código.

IV. Primer Problema Jurídico: ¿La Sala debía Verificar si Existía un Motivo Justificado para Acreditar el Acto de Discriminación?

IV.1 Subproblema 1: ¿Cómo Debemos Entender la Discriminación en la Protección al Consumidor?

IV.1.1. Situación Anterior:

Rodrigo Delgado comenta que la Sala, entre los años 2010 a 2019, interpretó el artículo 38° del Código de manera que este contuviera dos tipos de infracciones (sanción a dos conductas): la discriminación en el consumo y el trato diferenciado ilícito.

El primer tipo de infracción consistía en la aplicación de condiciones comerciales distintas a consumidores en atención a su pertenencia a un grupo vulnerable o históricamente discriminado. En otras palabras, conforme a lo descrito en la sección anterior del presente informe, se daría en los casos donde medie un motivo prohibido.

Además, existía el trato diferenciado ilícito donde se aplicaban condiciones distintas a consumidores sin que medie una causa de seguridad del establecimiento o de los clientes, o una razón objetiva y justificada¹⁸.

La Sala diferenciaba ambas conductas señalando que la discriminación, a diferencia del trato diferenciado, se sustenta en perjuicios que afectan a la dignidad de las personas. Además, el trato diferenciado puede realizarse en varias modalidades como la selección de clientela, la exclusión de personas u otras prácticas¹⁹.

En este contexto, el estándar probatorio del artículo 39° exigía que el consumidor acredite la existencia de un trato diferenciado y, luego de ello, se invierte la carga de la prueba y le corresponde al proveedor acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada para el trato desigual.

Cabe precisar que, para acreditar un acto de discriminación, se debe contar con medios probatorios mayores que para sustentar un trato diferenciado ilícito, pues se debe advertir que el trato desigual se dio por la condición particular de los consumidores. Por ejemplo, en la Resolución N° 1666-2014/SC2, la Sala determina que se encuentra frente a un trato

¹⁸ (Delgado, 2020).

¹⁹ Ver Resolución N° 1666-2014/SC2.

diferenciado y no una discriminación pues no existen elementos probatorios que permitan concluir que el impedimento de acceso al establecimiento se debió por la discapacidad de los consumidores²⁰.

Entonces, vemos que, anteriormente, la Sala interpretaba el artículo 38° del Código como una disposición que determinaba dos conductas infractoras: el trato diferenciado ilícito y la discriminación. La diferencia entre ambas se concentraba en la situación de hecho (probatoria) del caso concreto, ya que debían existir pruebas de que el trato desigual objeto de controversia se realizaba por la pertenencia del denunciante a un grupo vulnerable.

IV.12 Cambio de Criterio – Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI:

Sin embargo, esta interpretación fue cambiada mediante la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI, donde se resolvió una controversia acerca del acceso a créditos en BANBIF por parte de clientes de distintas edades (menores de 20 y mayores de 70 años).

A partir de esta resolución, la Sala establece que el artículo 38° debe entenderse como **un tipo infractor único** que proscribe cualquier trato diferenciado y lo considera un acto discriminatorio (englobando a las dos infracciones antes descritas).

La justificación para el cambio es que la Constitución y el artículo en cuestión no hacen una diferenciación normativa entre ambas infracciones; por lo que se puede generalizar esta infracción, de manera que abarque cualquier infracción al derecho de igualdad de los consumidores.

²⁰ Sobre la presunta discriminación. 37. En este punto, se debe precisar que no se advierte de los medios probatorios analizados la existencia de elementos de juicio que permitan concluir, que el impedimento de acceso al establecimiento comercial se sustentó en la condición particular de los alumnos del CEBE Jesús de Nazareno de ser personas con discapacidad severa y multidiscapacidad (hecho no controvertido). En efecto, no hay evidencia de que las razones esgrimidas por Hipermercados Metro en su defensa para adoptar medidas de seguridad especiales o adicionales obedecían a la condición especial de los alumnos, sino más bien se trató de un diferenciación realizado por el hecho de ser alumnos menores que pretendían efectuar una visita educativa. 38. A mayor abundamiento, Hipermercados Metro ha demostrado¹³ que tiene como política la contratación de personas con discapacidad, incluso antes de la promulgación de la Ley 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad, que obliga a las empresas a contratar en una proporción no inferior al 3% de su personal, lo cual si bien no puede determinar por sí mismo que no pueda incurrir en ningún caso en un acto de discriminación, permite deducir, por lo menos, que no constituye una práctica generalizada. 39. En ese sentido, la conducta infractora encaja en el tipo infractor como trato diferenciado ilícito y no en una discriminación (tampoco constituye infracción al deber de idoneidad tal como ha alego la denunciada).

De todas formas, esta nueva interpretación (a pesar de intentar decir lo contrario) sí reconoce una diferencia entre trato diferenciado y discriminación; pero se canaliza a través de la “gravedad” de ciertos actos discriminatorios, dependiendo del nivel de afectación a la dignidad de afectación de la persona. Así, esta diferencia se verá reflejada, ya no a nivel de estándar probatorio, si no en la graduación de la sanción.

El estándar probatorio se mantiene igual que la interpretación anterior, es decir corresponde al consumidor acreditar únicamente la existencia del trato diferenciado, y al proveedor la existencia de un motivo justificado.

IV.13. Crítica y Propuesta Interpretativa:

A partir de lo expuesto hasta este momento, queda evidenciado que existe una diferencia entre la interpretación del concepto de discriminación en derechos humanos (trato diferenciado basado en motivos prohibidos) y discriminación como infracción al artículo 38° (cualquier tipo de trato diferenciado).

La diferencia entre ambos conceptos de discriminación no es necesaria, e incluso es perniciosa para el sistema jurídico:

1. La concepción de la discriminación en el consumo relativiza el concepto de discriminación ya que trata como una misma infracción al trato diferenciado y a la discriminación cuando sancionan distintos supuestos (el trato diferenciado sanciona la arbitrariedad del proveedor y la discriminación se concentra en que el acto se deba a un motivo prohibido).

Entonces, si se toman ambos supuestos como infracciones al artículo 38°, la discriminación perderá su “excepcionalidad” o relevancia, pues se pierde de vista al motivo prohibido como elemento característico de este tipo de infracciones y, en consecuencia, cualquier cosa puede ser un acto de discriminación.

2. El principio de tipicidad, consagrado en el artículo 248° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, determina que solo

constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas en la ley²¹.

La redacción del artículo 38° del Código menciona a la discriminación de manera expresa e, incluso, enumera una lista (no taxativa) de motivos prohibidos (origen, raza, sexo, entre otros); por lo que un proveedor podría interpretar ello como una proscripción de la discriminación entendida desde la perspectiva de derechos humanos.

No obstante, ello sería confundir al administrado ya que, como hemos visto, de acuerdo con Indecopi el artículo prohíbe otras conductas **adicionales** a la discriminación; con lo que quedan dudas acerca de canalizar la tipificación del trato diferenciado a través de este artículo.

3. El concepto de discriminación en el consumo no respeta la conquista histórica de los grupos vulnerables. La discriminación surge como un concepto jurídico que reconoce la **especial situación de vulnerabilidad** de grupos tradicionalmente oprimidos o que se encuentran debajo de la línea de dominación (p.e. personas afrodescendientes, personas con discapacidad, entre otros).

Ello se ve en la determinación del concepto de motivo prohibido de la Corte IDH: ser (i) rasgos permanentes de las personas que no pueden prescindir sin perder su identidad, (ii) grupos tradicionalmente subordinados o vulnerables y (iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales²².

Ninguno de estos supuestos es aplicable al trato diferenciado, ya que este solo se concentra en la arbitrariedad de quien dispone la medida. Así, homogenizar la situación

²¹ **Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...) 4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

²² (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

de las personas que sufren un trato diferenciado con discriminación, se elimina la protección especial a determinados grupos.

Entonces, frente a los perjuicios de separar ambas concepciones de discriminación, mi propuesta consiste en limitar el ámbito de aplicación del artículo 38° del Código a la discriminación, centrándose en el motivo prohibido, y encauzar las imputaciones relativas al trato diferenciado como una infracción al deber de idoneidad.

Como vimos en la introducción del trabajo, el trato diferenciado es una figura que sanciona la **arbitrariedad** de la persona que implementa la medida; por lo que también es un supuesto de infracción de normas. Con mi postura no busco desproteger a los consumidores que se ven afectados por este tipo de conductas, si no que considero que se deben reubicar estas pretensiones, ya que tienen asidero en otros artículos del Código.

De acuerdo con los artículos 18° y 19°, el deber de idoneidad de los proveedores se debe entender como aquel deber de proveer un producto o servicio que se adecúe a las expectativas de los consumidores. Estas expectativas pueden ser dictadas por la ley, la información provista por los proveedores o del propio mercado y sus condiciones.

Para hablar de trato diferenciado, se necesita una situación donde un consumidor, sin que medie motivo aparente, es tratado distinto a otros de manera que lo perjudique. Es decir, debe existir una limitación o restricción de derechos; entiéndase ello como seleccionar a algunos clientes, no atender a ciertos consumidores, imponer requisitos adicionales para realizar trámites o procedimientos, entre otros.

Entonces, si al acudir a un establecimiento un consumidor recibe un trato menor al trato estándar que se provee a otros consumidores, se produce una afectación a sus expectativas ya que la ley y el mercado (ambas garantías reconocidas por el artículo 20° del Código) determinan que se debe tratar a todos los consumidores por igual. De esta manera, vemos que sí sería admisible encauzar el trato diferenciado como infracción al deber de idoneidad.

A partir de lo expuesto, vemos que la propuesta interpretativa realizada en el presente informe es que se tomen como infracciones al artículo 38° del Código solo aquellos tratos diferenciados donde medie un motivo prohibido. Las demás situaciones corresponderán a una

infracción al deber de idoneidad, donde se sancionaría la arbitrariedad del proveedor al tratar distinto a sus consumidores.

IV2 Subproblema 2: Habiendo Acreditado la Existencia de un Trato Diferenciado por un Motivo Prohibido, ¿Es Necesario Evaluar la Existencia de un Motivo Justificado?

Entender el trato diferenciado y la discriminación como el mismo hecho infractor tiene un perjuicio adicional (y más complejo) a nivel conceptual ya que, de acuerdo con lo que hemos revisado, un trato de discriminación solo se puede configurar cuando medie un motivo prohibido.

De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos de la ONU, un motivo prohibido es un criterio que no puede ser racionalmente apreciado como objetivo y racional²³. Sin embargo, la redacción del artículo 38° del Código señala que los tratos diferenciados deben obedecer a causas objetivas y razonables.

Esta disposición se constituye como una presunta limitación al mandato de no discriminación: el proveedor no tiene responsabilidad alguna siempre que su trato tenga una justificación. Si bien ello funciona para el trato diferenciado; pues si un proveedor tiene una justificación, su acción no se considera como una arbitrariedad al sí tener un sustento; esta interpretación no es admitida ni aplica para la discriminación.

No es lógicamente posible afirmar que es posible alegar la existencia de una justificación objetiva y razonable si es que se acredita la existencia de un motivo prohibido; pues el primero busca de dotar de razonabilidad a un trato diferenciado, mientras que el segundo lo vacía de toda racionalidad.

En el presente caso, nos encontramos frente a un trato diferenciado (limitar el ingreso a los baños correspondientes al género con el que se identifica la consumidora), el cual se basa en la identidad de género de la clienta.

²³ (Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, 1989).

La identidad de género no solo ha sido reconocida como un concepto protegido por parte de la Corte IDH, si no que cumple con las características de los motivos prohibidos antes mencionadas:

- La identidad de género es una característica de la identidad de la denunciante, de la cual no puede prescindir.
- Las personas trans, conforme hemos visto en la parte inicial del presente trabajo, conforman un grupo tradicionalmente subordinado.
- La identidad de género es un criterio irrelevante para la distribución de derechos fundamentales (igualdad y no discriminación), de los cuales somos acreedores por nuestra propia condición de personas.

La denunciante, en el presente procedimiento, acreditó la existencia de este motivo prohibido a partir de un video, donde un funcionario encargado de los servicios higiénicos señala que la denunciante no puede ingresar a los baños de mujeres al ser una mujer trans; y la cadena de comunicaciones llevadas entre KF y Altek.

Bajo esas premisas, la Sala concluye en el numeral 77 que (i) ha existido un trato diferenciado y (ii) que este se ha realizado a partir de la identidad de género de la denunciante:

77. Ahora bien, habiéndose demostrado que Altek no permitió el ingreso de la parte denunciante a los servicios higiénicos de mujeres por su identidad de género, indicándole que debía utilizar los servicios higiénicos de discapacitados, corresponde analizar si dicha negativa se encontraba basada en alguna justificación objetiva y razonable.

Entonces, vemos que se había configurado los elementos necesarios para concluir que existía un acto de discriminación (trato diferenciado y motivo prohibido). Sin embargo, la Sala, en atención al criterio adoptado por Indecopi, considera pertinente verificar si la negativa al uso de baños se encontraba justificada; **a pesar que afirmar que la justificación de la medida se encontraba en la identidad de género de la denunciante;** con lo cual debería excluirse la posibilidad de que Altek tenga una justificación objetiva y razonable.

Cabe resaltar que entendemos la necesidad de la Sala de evaluar los argumentos señalados por las empresas denunciadas, relativos a la interpretación del Reglamento Nacional de Edificaciones, así como de los posibles reclamos de clientes del centro comercial; en aplicación del deber de congruencia y motivación de las entidades administrativas.

A pesar de ello, es importante señalar que no había una necesidad de verificar la existencia de esta justificación ya que ello entorpece la detección de actos de discriminación; al poner un filtro adicional que lógicamente no corresponde. Es decir, si se identifica la existencia de un motivo prohibido, no se puede alegar la existencia de una justificación objetiva y razonable.

Conforme se puede desprender del tracto procedimental de la presente controversia, la mayoría de Resoluciones (primera instancia) fueron adoptadas en contra precisamente por la presunta existencia de una justificación “objetiva” (que el Reglamento Nacional de Edificaciones diferenciaba los baños por razones físicas, por lo que el uso también debía ser diferenciado por razones similares); sin embargo, instintivamente, parece (y es) incorrecto afirmar que una disposición imperativa adopte o proteja a una conducta discriminatoria (y es por ello que la Sala, mediante la Resolución, corrige dicha interpretación).

Si la Sala no hubiera contado con ese filtro adicional, probablemente la controversia se hubiera resuelto anteriormente o, en ámbitos externos al presente caso, muchos casos de discriminación hubieran sido correctamente identificados; ya que se ve a esta justificación como un eximente de responsabilidad que debe ser analizado para todas las infracciones correspondientes al artículo 38°, cuando en realidad es aplicable únicamente al trato diferenciado.

En conclusión, la existencia de un motivo prohibido vacía de toda racionalidad a un trato diferenciado; por lo que la Sala debió culminar su análisis del presente caso luego de identificar que el trato desigual a la denunciante se dio por su identidad de género, pues es imposible afirmar que se ha detectado la existencia de un motivo prohibido si es que obedece a una justificación objetiva y razonable.

IV3 Subproblema 3: ¿Esta Interpretación es Beneficiosa para el Mercado?

De acuerdo con lo descrito en la introducción, la normativa de protección al consumidor se sustenta, entre otras cosas, en la interacción del consumidor en el mercado. De esta manera, al encontrarnos dentro de una Economía Social de Mercado, la intervención del estado debe limitarse a ser un estado subsidiario que únicamente entre en acción para

En ese sentido, las decisiones adoptadas por la Sala, en su calidad de máximo órgano administrativo resolutor de controversias de esta materia tienen incidencia en el mercado ya que las interpretaciones realizadas pueden conllevar obligaciones o beneficios adicionales para los administrados, tanto consumidores como proveedores.

Siendo así, considero que esta interpretación traería beneficios al mercado ya que las disposiciones acerca del reconocimiento del derecho de no discriminación a nivel de derechos humanos, al realizarse a nivel de instituciones internacionales cuya competencia se ha reconocido en tratados de derechos humanos (Corte IDH), constituyen una garantía legal a partir del artículo 20° del Código:

Artículo 20.- Garantías

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio. Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

*a. Una garantía es legal cuando **por mandato de la ley** o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.*

Es así que una correcta interpretación de los estándares que todo proveedor debe aplicar facilita una provisión de un servicio verdaderamente idóneo y, en consecuencia, se viabiliza el buen funcionamiento del mercado.

V. Segundo Problema Jurídico: ¿Existía una Obligación de Altek Trading S.A.C. de Permitir el Uso de Baños en Atención a su Comportamiento Anterior?

VI. Subproblema 1: ¿El Proveedor puede Adquirir una Obligación por una Decisión Comercial?

En el presente caso, la denunciante era una mujer trans que se encontraba trabajando en KF desde julio de 2019. Durante la realización de sus labores, acudía al baño de mujeres del centro comercial con regularidad. Sin embargo, **cuatro meses después**, en noviembre de dicho año, Altek limitó el uso de baños por parte de la denunciante.

En la presente sección, analizaremos si el hecho que Altek haya permitido que la denunciante utilice el baño regularmente por un tiempo crea algún tipo de obligación a su favor; conforme fue alegado durante el procedimiento.

Si bien consideramos que, en el presente caso, la denunciante tenía el derecho a utilizar el baño correspondiente al género con el que se identifica en aplicación de una garantía legal (estándar de protección de derechos de igualdad y no discriminación); a efectos de analizar la presente cuestión, nos ubicaremos en el supuesto negado en el que ello no sea así.

A lo largo del presente trabajo, hemos identificado a la idoneidad (consagrada en los artículos 18° y 19° del Código) como el deber de los proveedores a brindar un producto o servicio que se adecúe a las expectativas de los consumidores. El artículo 20° especifica que, para verificar el cumplimiento de este deber, se debe comparar al producto o servicio en cuestión con las garantías ofrecidas por el proveedor o a las que este se encuentra obligado.

Dicho artículo divide los tipos de garantías en tres; garantía legal, explícita e implícita; y se definen de la siguiente manera:

- **Legal:** Cuando la ley o las regulaciones vigentes y aplicables no permiten la comercialización de un producto o servicio bajo condiciones particulares, que constituyen la garantía. No se puede pactar en contra y tampoco puede ser desplazada por los otros dos tipos de garantías.
- **Explícita:** Cuando el proveedor ofrece términos y condiciones de manera expresa (en el contrato, en el etiquetado del producto, etc.) a través de un medio donde se acredite lo ofrecido al consumidor. No puede ser desplazada por una garantía implícita.

- Implícita: Cuando, ante el silencio del proveedor, se entiende que un producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que fueron adquiridos. Estos fines y usos se pueden desprender del mercado, entre otros aspectos.

Dentro de este contexto, el artículo 21° del Código señala que, a falta de garantía explícita, la garantía implícita vincula al proveedor; ello como parte de la protección de las expectativas del consumidor.

En este caso, antes del uso de baños por parte de la denunciante, Altek no había emitido disposición alguna que determine que el uso de baños se encuentra regulado por criterios físicos. Frente al silencio de los proveedores, Altek se encontraba vinculado por las expectativas de los consumidores respecto del uso de baños.

Entonces, Altek, a partir de la permisividad de una conducta de manera reiterada y en su calidad de agente económico, alteró las expectativas de la denunciante, haciéndola creer que su oferta abarcaba que las personas trans pudieran utilizar el baño correspondiente con el género con el que se identifican. Así, las expectativas de la consumidora se vieron modificadas, de manera que constituían una garantía implícita y, por lo tanto, exigible en aplicación del artículo 20° del Código.

V2 Subproblema 2: ¿Cualquier Decisión Comercial puede Constituir una Obligación?

La postura sostenida en la subpregunta anterior no es una cuestión sencilla ya que se desprende la pregunta acerca de si se puede considerar que cualquier decisión comercial puede constituir una obligación para los proveedores o, en todo caso, cuáles son los criterios para determinar que “liberalidad” constituye una obligación o no.

Conforme indica la Sala en la Resolución N° 085-96-TDC, la garantía implícita no protege a los consumidores cada vez que un servicio tenga la mejor calidad; ya que el mercado ofrece una variedad de calidades y ofertas entre las que debe escoger el consumidor.

El artículo 21° inciso 2 del Código señala que, cuando exista silencio de las partes (como en el presente caso, donde nos encontramos en una situación hipotética donde no existe una garantía legal a favor de la denunciante) se puede acudir a las costumbres y usos comunes, a las circunstancias que rodean a la adquisición o a otras condiciones relevantes para determinar las expectativas que serán protegidas a través de las garantías implícitas.

Algunos ejemplos enumerados por la Sala de estos usos y costumbres previsibles son los siguientes:

Así, un lapicero es adquirido para escribir razonablemente bien por un tiempo a su vez razonable, dadas las circunstancias en las cuales fue adquirido. Un electrodoméstico es adquirido para su uso en el hogar, esperándose que el mismo funcione adecuadamente por un tiempo razonable, nuevamente teniendo en consideración las circunstancias en que fue adquirido²⁴.

A partir de ello, podemos inferir que, para el uso de baños, el uso previsible es que cada persona ingrese al baño correspondiente al género con el que se identifica. El hecho que ello se asocie a un sexo biológico en específico corresponde a una interpretación desactualizada de lo que es el género por parte de un sector de la población, que asocia lo “normal” con lo heteronormativo.

No obstante, incluso en el supuesto negado en el que no se considere ello como un fin previsible del mercado; es decir, si consideramos que los baños deben ser utilizados de acuerdo con el sexo biológico del usuario, las expectativas de la denunciante aún así se verían tuteladas a partir del artículo 21° pues el inciso 3 señala que cuando un consumidor cuente con beneficios **adicionales** a los normalmente previsibles, deberá acreditarlo a efectos de que ello se entienda como incorporado a los términos y condiciones del servicio ofrecido por el proveedor.

En este supuesto hipotético, el hecho que se le permita ir al baño correspondiente con el género con el que se identifica una persona trans se puede considerar un beneficio “adicional” pues permite la vivencia de la identidad de género del denunciante que, aparentemente, no sería permitido a otras personas trans.

Entonces, una alternativa que pudo ser profundizada como parte de la argumentación a favor de la parte denunciante era acreditar que Altek le había permitido utilizar el baño de mujeres de manera reiterada; ya que ello constituiría una garantía implícita, exigible en aplicación del

²⁴ (Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, 1996).

artículo 20° del Código, tanto si se considera el ir al baño del género con el que te identificas un uso previsible del mercado como si no.



VI. Conclusiones:

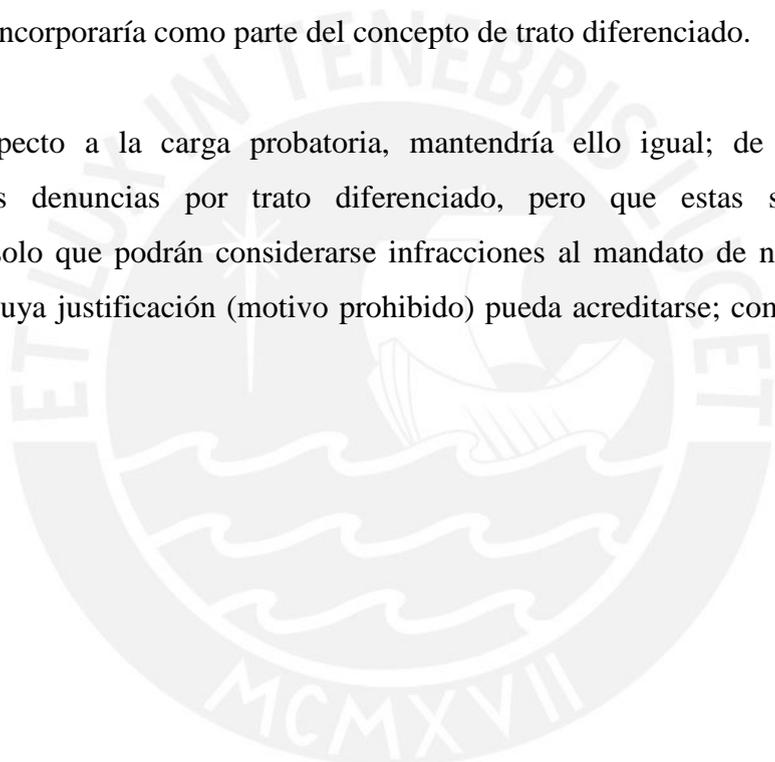
- Los derechos a la igualdad y no discriminación están reconocidos a nivel internacional (DUDH) y proscriben el trato diferenciado (concentrado en la arbitrariedad) y los actos de discriminación (concentrado en la justificación basada en un motivo prohibido). La identidad de género, tanto a nivel internacional como nacional, es considerada como una categoría protegida por el ordenamiento jurídico.
- Existe una relación entre la protección al consumidor y los derechos humanos ya que la primera es una manifestación de la segunda y el estado tiene un deber de tutela sobre ambas. No obstante, también existen diferencias en su sustento (donde la protección al consumidor tiene una especial incidencia en lo relativo al mercado) y en los sujetos que pueden cometer una infracción.
- Existe una relación de consumo entre la denunciante y Altek Trading S.A.C. pues, a pesar de que sea trabajadora de uno de los establecimientos ubicados dentro del centro comercial, sus actividades permiten que se desenvuelva libremente dentro de Mega Plaza, con lo que no pierde su calidad de potencial consumidora. Además, en aplicación del artículo III del Título Preliminar del Código, podemos considerar a los baños como un servicio complementario Altek para incentivar consumos dentro del centro comercial; por lo que, al encontrarse la denunciante expuesta a sus efectos, se encuentra amparada por el Código.
- La discriminación y el trato diferenciado deben ser interpretados como conceptos separados pues entender a la discriminación en el consumo de manera distinta a la que se utiliza en derechos humanos genera problemas en el sistema jurídico. Siendo así, al entender a la discriminación de manera congruente, vemos que la Sala no tenía necesidad de evaluar si existía una justificación “objetiva y razonable” por parte de Altek Trading S.A.C. para limitar el uso de baños porque ya se había acreditado la existencia de todos los elementos de la discriminación (trato diferenciado y motivo prohibido).
- Existía una obligación de Altek de permitir el uso de baños por parte de la denunciante en atención a que se le habría permitido el uso por cuatro meses; pues ello había alterado las expectativas de la consumidora, constituyendo una garantía implícita. Así, ello era exigible en aplicación del artículo 20° del Código tanto si se considera el ir al baño del género con el que te identificas un uso previsible del mercado como si no.

VII. Recomendaciones.

Como recomendación general, considero que se debe modificar la redacción del artículo 38° del Código, de manera que se limite su aplicación solo para los casos de trato diferenciado donde medie un motivo prohibido (es decir, en casos de discriminación). Asimismo, incorporaría una precisión en el artículo 18° relativa al trato diferenciado ilícito, de manera que se encauce este tipo de pretensiones como una infracción al deber de idoneidad.

Así, eliminaría lo relativo a la presunta excepción de responsabilidad por motivos objetivos y razonables y lo incorporaría como parte del concepto de trato diferenciado.

Finalmente, respecto a la carga probatoria, mantendría ello igual; de manera que no obstaculicen las denuncias por trato diferenciado, pero que estas sean encausadas correctamente; solo que podrán considerarse infracciones al mandato de no discriminación aquellos tratos cuya justificación (motivo prohibido) pueda acreditarse; como en el presente caso.



VIII. Bibliografía.

Arciniegas, Y. (12 de Diciembre de 2020). Bolivia autoriza por primera vez registrar la unión civil de una pareja del mismo sexo. *France 24*. Obtenido de <https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20201212-bolivia-autoriza-por-primera-vez-registrar-la-uni%C3%B3n-civil-de-una-pareja-del-mismo-sexo>

Cabrera, C. G. (02 de Junio de 2020). Los avances de Costa Rica en materia de matrimonio igualitario deben inspirar a la región. *LA Times*. Obtenido de <https://www.latimes.com/espanol/opinion/articulo/2020-06-02/los-avances-de-costa-rica-en-materia-de-matrimonio-igualitario-deben-inspirar-a-la-region>

Chávez-Fernández, J. (2020). Waldron y la dignidad: el problema del fundamento de los derechos humanos. *Derecho PUCP*. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22053/21990>

Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. (1989). *Observación General N° 18. No discriminación. 10/11/89*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de Febrero de 2012. Obtenido de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Caso I.V.* vs. Bolivia. Sentencia de 30 de Noviembre de 2016. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Delgado, R. (2020). *Una Mirada Global a la Discriminación en el Consumo. Jurisprudencia del Indecopi*. Lima. Obtenido de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7918/Libro%20UNA%20MIRADA%20GLOBAL%20A%20LA%20DISCRIMINACION%20EN%20EL%20CONSUMO-Jurisprudencia%20del%20Indecopi%20%28Versi%C3%B3n%20Digital%29%20%281%29.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Durand, J. (2019). Aproximación A Una Teoría De Los Derechos Humanos Del Consumidor En El Mercado Global Y Su Tratamiento En El Derecho Constitucional Peruano. *Prolegómenos*. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v22n44/0121-182X-prole-22-44-117.pdf>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual. (2019). *Lineamientos de Protección al Consumidor*. Lima. Obtenido de

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1676261/Lineamientos_Protecci%C3%B3n_Consumidor_2019.pdf.pdf

Lang, N. (16 de Marzo de 2016). What It's Like to Use a Public Bathroom While Trans. *Rolling Stone*. Obtenido de <https://www.rollingstone.com/culture/culture-news/what-its-like-to-use-a-public-bathroom-while-trans-65793/>

Lengua, A. (2019). La trans-formación del Derecho: La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para proteger la identidad de género de las personas trans. *IUS ET VERITAS*, 208-2025.

Promsex. (2020). *Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Personas LGBTI en el Perú 2020*. Lima. Obtenido de <https://promsex.org/wp-content/uploads/2021/05/InformeAnualDeDerechosHumanosPersonasLGBTI2020.pdf>

Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual. (1996). *Resolución N° 85-96-TDC*. Lima.





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 0735-2022//SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0077-2019/CPC-INDECOPI-CHT

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE LA OFICINA REGIONAL DEL INDECOPI
DE ÁNCASH – SEDE CHIMBOTE

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : [REDACTED]
(CON NOMBRE SOCIAL [REDACTED])

DENUNCIADAS : INMUEBLES PANAMERICANA S.A.
ALTEK TRADING S.A.C.

MATERIA : DISCRIMINACIÓN

ACTIVIDAD : INMOBILIARIAS POR RETRIBUCIÓN

SUMILLA: *Se revoca la resolución venida en grado que declaró infundada la denuncia interpuesta por [REDACTED], con nombre social [REDACTED], contra Altek Trading S.A.C., por infracción de los artículos 1º.1, literal d), y 38º del Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, en consecuencia, se declara fundada la misma. Ello, en tanto quedó acreditado que la denunciada discriminó a la parte denunciante por su identidad de género, al negarle el ingreso a los servicios higiénicos de mujeres del establecimiento comercial, indicándole que debía emplear los servicios higiénicos destinados para el uso de personas con discapacidad.*

SANCIÓN: 50 UIT

Lima, 12 de abril de 2022

ANTECEDENTES

1. El 12 de diciembre de 2019, [REDACTED] con nombre social [REDACTED] (en adelante, la parte denunciante) denunció a Inmuebles Panamericana S.A. (en adelante, Inmuebles Panamericana) y Altek Trading S.A.C.² (en adelante, Altek Trading) por presuntas infracciones de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), manifestando lo siguiente:
 - (i) Desde julio de 2019, venía laborando en la peluquería [REDACTED] ubicada en el Centro Comercial “Megaplaza” (en adelante, el Centro Comercial) en la ciudad de Chimbote, sin haber tenido inconveniente alguno con el ingreso al servicio higiénico de mujeres; sin embargo, el 19 de noviembre de mismo año, el personal de control de los servicios

¹ El nombre social de las personas transgénero corresponde al nombre que las o los identifica según su identidad de género.

² Identificada con RUC 20345681460 y con domicilio fiscal ubicado en Av. Alfredo Mendiola Nro. 3698, Urb. Panamericana Norte (Dentro Del Centro Comercial Mega Plaza), Lima - Lima - Independencia.



- higiénicos del establecimiento comercial le prohibió su ingreso por disposición de la administración;
- (ii) dicha situación fue comunicada a su empleadora, la señora Mayde Monca Santos (en adelante, la señora Monca), quien el 20 de noviembre de 2019, envió un correo electrónico a la administradora del Centro Comercial trasladándole su preocupación por lo ocurrido. Ante dicha gestión, recibieron como respuesta que no se había incurrido en ninguna afectación y que, en atención a las quejas de los clientes, la parte denunciante tenía que emplear el servicio higiénico destinado para el uso de personas con discapacidad;
 - (iii) posteriormente, tras haber recurrido a la Defensoría del Pueblo, dicha entidad emitió la Carta 028-2019-DP/OD-ANC/M-CHIM del 25 de noviembre de 2019, dirigida a la administradora del Centro Comercial con la finalidad de explicarle el marco jurídico sobre la prohibición de actos discriminatorios, precisándole, además, las medidas correctivas que debían adoptarse en esta situación; sin embargo, ninguna de ellas había sido adoptadas hasta la fecha;
 - (iv) todo ello no solo ocasionaba un estado de discriminación sistemática contra su persona, sino que también afectaba su salud, pues al habersele detectado un cálculo renal, ello le obligaba a ingerir líquidos constantemente, debiendo acudir a los servicios higiénicos con mayor regularidad;
 - (v) asimismo, debía valorarse que, de forma frecuente, acudía a los distintos establecimientos que se encontraban dentro del centro comercial, motivo por el cual tenía derecho a acceder a los servicios higiénicos de mujeres sin sufrir algún tipo de discriminación;
 - (vi) la identidad de género guardaba una estrecha vinculación con la identidad personal, pues esta permitía a las personas ser reconocidas e individualizadas como eran y se sentían frente al Estado y la sociedad, siendo cada individuo libre de construir su personalidad y proyecto de vida; y,
 - (vii) finalmente, solicitó lo siguiente: (a) el pago de las costas y costos del procedimiento; y, (b) la imposición de una sanción ejemplar a los denunciados involucrados.
2. El 24 de julio de 2020, Inmuebles Panamericana y Altek Trading formularon sus descargos a la denuncia presentada en su contra.
 3. Mediante Resolución 0117-2020/INDECOPI-CHT del 14 de agosto de 2020, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Áncash – Sede Chimbote (en adelante, la Comisión) decidió lo siguiente:
 - (i) Declaró improcedente la denuncia interpuesta contra Altek Trading por presunta infracción de los artículos 1º.1, literal d), y 38º del Código, al



- haberse verificado que no existía una relación de consumo en los términos del Código; y,
- (ii) declaró improcedente la denuncia interpuesta contra Inmuebles Panamericana por presunta infracción de los artículos 1º.1, literal d), y 38º del Código, al haberse verificado que el proveedor no se dedicaba a la operación ni administración del Centro Comercial Megaplaza de Chimbote, y, por tanto, no tenía vinculación con la relación de consumo materia de la presente denuncia.
4. Ante el recurso de apelación interpuesto por la parte denunciante, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) emitió la Resolución 2310-2020/SPC-INDECOPI del 3 de diciembre de 2020, señalando lo siguiente:
- (i) Revocó la Resolución 0117-2020/INDECOPI-CHT, en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta contra Altek Trading por presunta infracción de los artículos 1º.1, literal d) y 38º del Código, al haberse verificado que, al momento en que se produjo el hecho controvertido (presunto acto discriminatorio por negativa de ingreso a los servicios higiénicos de mujeres), la parte denunciante actuó en calidad de consumidora dentro de un contexto de mercado; y,
 - (ii) confirmó la Resolución 0117-2020/INDECOPI-CHT, en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta contra Inmuebles Panamericana por presunta infracción de los artículos 1º.1, literal d), y 38º del Código, al haberse verificado que éste último no contaba con legitimidad para obrar pasiva respecto al hecho denunciado en este procedimiento.
5. En cumplimiento del mandato ordenado por la Sala, por Resolución 6 del 18 de mayo de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Áncash – Sede Chimbote (en adelante, la Secretaría Técnica de la Comisión) trasladó a las partes el Informe Final de Instrucción 014-2021/CPC-INDECOPI-CHT.
6. Mediante Resolución 0097-2021/INDECOPI-CHT del 4 de junio de 2021, la Comisión declaró infundada la denuncia contra Altek Trading por presunta infracción de los artículos 1º.1, literal d), y 38º del Código, tras considerar que, de manera justificada, la denunciada negó el ingreso a la parte denunciante a los servicios higiénicos de mujeres del Centro Comercial por su condición de transgénero, indicándole que debía emplear los servicios higiénicos destinados para el uso de personas con discapacidad.
7. El 7 de julio de 2021, la parte denunciante apeló la Resolución 0097-2021/INDECOPI-CHT bajo los siguientes argumentos:



- (i) Desde julio hasta noviembre de 2019, pudo ingresar a los servicios higiénicos de mujeres del Centro Comercial sin ningún impedimento; sin embargo, a partir de esta última fecha en adelante, Altek mantuvo su decisión de no permitir su ingreso a los servicios higiénicos de mujeres, indicándole que debía dirigirse a los servicios higiénicos de hombres o discapacitados;
- (ii) era importante considerar el contexto que vivía el país en materia de discriminación por identidad de género. Según la primera encuesta virtual a personas de la población LGBTI en el año 2017, el 56.5% de dicha población tenía miedo de expresar su identidad de género en público, el 13% de las mujeres trans en Lima y Callao no contaban con un Documento Nacional de Identidad (DNI), el 60.6% de la población había logrado alcanzar educación superior universitaria y solo el 61.8% había logrado obtener un empleo. De igual modo, la investigación denominada “*No tengo miedo. Nuestra Voz Persiste*” registró que el 65% de las mujeres trans consideraba que su derecho a la identidad había sido vulnerado, el 5.1% de las mujeres trans accedieron a una educación secundaria completa y el 62.2% tenía que dedicarse al trabajo sexual y/o a la cosmetología;
- (iii) además, el grado de violencia que sufría la población LGBTI había quedado reflejado en el caso “*Rojas Marín y otra versus Perú*”, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH) determinó que la víctima (una mujer trans) había sido torturada física y verbalmente en reiteradas ocasiones mientras estuvo bajo custodia policial;
- (iv) a través de las sentencias recaídas en los Expedientes 04617-2012-AA y 00156-2012-HC/TC, el Tribunal Constitucional había sido enfático en reconocer que las decisiones de la CIDH debían ser aplicadas en sede interna;
- (v) era importante agregar que, en anteriores pronunciamientos, la Sala había reconocido que la identidad de género era una categoría protegida por la Constitución, la Convención Americana de Derechos Humanos y los pronunciamientos de la CIDH;
- (vi) la Comisión había sustentado su pronunciamiento en la interpretación literal de las Normas Técnicas A.070 e IS.010 del Reglamento Nacional de Edificaciones (en adelante, el RNE); sin embargo, conforme a lo señalado por la CIDH, era necesario que dichas normas sean interpretadas teniendo en cuenta la identidad de género y las necesidades de las personas trans. Una interpretación contraria a ello estaría obligando a las personas trans a revelar su identidad de género para poder ingresar al servicio higiénico que le correspondería; o, revelar si se ha sometido a alguna cirugía de reafirmación de género, lo cual claramente vulneraría su derecho a la intimidad, pudiendo incluso ocasionar violencia o humillación por parte de las personas que atienden en los servicios higiénicos u otros consumidores;



- (vii) sumado a ello, se debía considerar que las Normas Técnicas A.070 e IS.010 del RNE habían sido emitidas en un contexto en el que la sociedad desconocía la diferencia entre los conceptos de sexo y género; no obstante, actualmente, la protección de los derechos de las personas LGBTI había sido reconocida por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud y la CIDH, por lo cual la interpretación de dichas normas debía ser sociológica;
 - (viii) en suma, la negativa de Altek de dejarla ingresar a los servicios higiénicos de mujeres había conseguido limitar su derecho a la dignidad e incluso a la salud, impidiéndole desarrollar sus labores en igualdad de condiciones solo por el hecho de ser una persona transgénero;
 - (ix) adicionalmente, Altek no podía justificar su conducta basado en el argumento de que no tendría la obligación de implementar un servicio higiénico específico para personas trans, ya que en ningún momento exigió que se construyera un servicio higiénico exclusivo para su uso, sino que le dieran la posibilidad de usar el servicio higiénico que le correspondía, en respeto a su derecho a la identidad de género y la salud; y,
 - (x) por ello, cualquier *test* de razonabilidad que pudiera realizar la autoridad debía resultar a su favor, pues el trato otorgado a su persona claramente no respondía a un fin constitucional legítimo, sino que -por el contrario- enfatizaba los prejuicios y estereotipos de género que afrontaban las personas trans en la sociedad.
8. El 1 de noviembre de 2021, Altek absolvió la apelación de la parte denunciante, indicando que:
- (i) Para imputarle responsabilidad a su representada debía probarse el hecho imputado en su contra, el cual señalaba expresamente que su representada habría indicado a la parte denunciante que empleara los servicios higiénicos destinados a las personas con discapacidad, hecho que no había sido debidamente probado por la parte denunciante, toda vez que sus pruebas hacían referencia a cuestiones ajenas al tema controvertido o eran manifestaciones de parte. A modo de ejemplo, los correos electrónicos cursados entre la empleadora de la parte denunciante y el Centro Comercial no tenían validez, porque la empleadora solo reprodujo lo narrado por su subordinada, pero no estuvo presente en el momento de los hechos. Asimismo, la carta enviada por su representada a la Defensoría de Pueblo solo reconocía que derivó a la parte denunciante a los servicios higiénicos de hombres, mas no el de discapacitados;
 - (ii) en el video aportado por la parte denunciante, se observaba lo siguiente: (a) el personal a cargo de los servicios higiénicos no le mencionó que debía ir al servicio higiénico de discapacitados; (b) se



trataba de una conversación de tono confidencial en el que el personal a cargo de los servicios higiénicos le comentaba a la parte denunciante que había escuchado que algunas mujeres reclamaron por la presencia de esta en el servicio higiénico de damas; (c) el referido personal solo le indicó que debía ingresar a los servicios higiénicos de hombres, pero ante las afirmaciones de la propia parte denunciante sobre las molestias que podía recibir si ingresaba a dicho servicio higiénico, se le mencionó como una alternativa que utilizara el servicio higiénico de discapacitados; y, (d) la autoridad debía tomar en cuenta que ese video había sido grabado de forma premeditada, ya que se escuchaba la frase “ponle la grabadora”, hecho que vulneraba la buena fe procedimental;

- (iii) en consecuencia, para sancionar a su representada, la autoridad debía ceñirse a la imputación efectuada en su contra (haber negado el ingreso de la parte denunciante a los servicios higiénicos de mujeres en el Centro comercial, indicándole que debía emplear los servicios higiénicos destinados a las personas con discapacidad), siendo que -de lo contrario- se estaría vulnerando el Principio de Tipicidad y el Principio del Debido Procedimiento;
- (iv) por otro lado, no constituía una infracción destinar el uso de los servicios higiénicos según el sexo de las personas, toda vez que el RNE establecía que las edificaciones de centros comerciales debían contar con dos servicios higiénicos diferenciados por el sexo (uno para mujeres y otro para hombres), por lo que el sexo biológico era el factor determinante para definir el servicio higiénico al que debía dirigirse una persona y no la identidad de género;
- (v) asimismo, su actuación estuvo guiada por los criterios y pronunciamientos en materia de protección al consumidor. A modo de ejemplo, en la Resolución 2640-2013/SPC-INDECOPI, la Sala distinguió los conceptos de persona transgénero y transexual, precisando que no era discriminatorio no permitir el uso de los servicios higiénicos de mujeres a las personas transgénero, pues éstas no se habían sometido a un tratamiento hormonal o intervención quirúrgica para modificar su sexo, como si ocurría con las personas transexuales. De igual forma, en la Resolución 2264-2010/CPC, la Comisión de Protección al Consumidor había determinado que no existía discriminación en la restricción al uso de los servicios higiénicos de mujeres a las personas transgénero;
- (vi) en conclusión, las resoluciones antes citadas habían generado que los administrados, como su representada, adoptaran la conducta que era materia de denuncia, por lo que atribuirle responsabilidad atentaría contra el Principio de Predictibilidad y Seguridad Jurídica, así como la doctrina de actos propios;
- (vii) en el supuesto negado que la Sala decidiera cambiar de criterio e imputarle responsabilidad a su representada, debía considerarse que el



- literal e) del artículo 257° del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, el TUO de la LPAG) establecía como un eximente de responsabilidad el error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal;
- (viii) incluso, era importante considerar que un cambio de criterio constituiría -en la práctica- una política regulatoria que impactaría en el resto de los agentes en el mercado, por lo que esa situación debería producirse a través de una iniciativa legislativa o en una decisión debidamente motivada que analizara el impacto en los agentes del mercado; y,
- (ix) de otro lado, en caso la Sala considerara atribuir responsabilidad a su representada, debía imponerse una amonestación, dado que (a) en el caso en concreto, no se estaba reprimiendo una contravención al ordenamiento jurídico, sino una conducta que era permitida por la Sala hasta el momento que ocurrió el hecho denunciado; (b) su representada no había obtenido beneficio ilícito alguno, pues actuó en estricto cumplimiento de la jurisprudencia de la Sala; (c) sería la primera vez que la Sala sancionaría una conducta similar al hecho denunciado, por lo cual era de aplicación una amonestación, como sucedió en el caso resuelto en la Resolución 0243-2018/SPC-INDECOPI; y, (d) no se había acreditado un daño ni efectos nocivos en el mercado.
9. Por Proveído 1 del 10 de noviembre de 2021, la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Secretaría Técnica de la Sala) puso en conocimiento de las partes que había recibido el Expediente 0077-2019/CPC-INDECOPI-CHT como consecuencia de la apelación formulada por la parte denunciante contra la Resolución 0097-2021/INDECOPI-CHT. Asimismo, otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para conocer su posición con relación a dicha impugnación.
10. El 23 de noviembre de 2021, Inmuebles Panamericana solicitó a la Sala que deje sin efecto o declare la nulidad del Proveído 1 del 10 de noviembre de 2021 dirigido a su representada, en la medida que había dejado de ser parte del procedimiento luego de que la Comisión declaró improcedente la denuncia en su contra y la Sala confirmó dicha decisión.
11. El 24 de noviembre de 2021, Altek Trading presentó un escrito, reiterando su posición sobre la apelación interpuesta por la parte denunciante.
12. El 24 de febrero de 2022, la parte denunciante presentó un escrito, reiterando sus argumentos de apelación.

ANÁLISIS

Cuestión previa: sobre el cuestionamiento formulado por Inmuebles Panamericana al Proveído 1 del 10 de noviembre de 2021



13. Como se ha detallado en los antecedentes de la presente resolución, Inmuebles Panamericana solicitó a la Sala que deje sin efecto o declare la nulidad del Proveído 1 del 10 de noviembre de 2021 dirigido a su representada, en la medida que había dejado de ser parte del procedimiento luego de que la Comisión declarara improcedente la denuncia en su contra y la Sala confirmara dicha decisión.
14. Al respecto, con relación al argumento planteado por Inmuebles Panamericana, conviene recordar que dicho proveedor fue parte denunciada del procedimiento iniciado bajo el Expediente 0077-2019/CPC-INDECOPI-CHT, el cual sigue siendo tramitado hasta la fecha en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte denunciante.
15. En ese sentido, más allá de la decisión adoptada por la autoridad de declarar improcedente la denuncia presentada contra Inmuebles Panamericana, esta Sala advierte que el referido proveedor formó parte del expediente como co-denunciada junto a Altek Trading en su momento, siendo esa la razón por la que fue notificada con los actuados emitidos en el marco de dicho expediente.
16. A mayor abundamiento, se debe resaltar que la notificación del Proveído 1 a Inmuebles Panamericana no causó agravio alguno a sus intereses, dado que, a través del mencionado acto, la Secretaría Técnica de la Sala únicamente puso en conocimiento de las partes que había recibido el Expediente 0077-2019/CPC-INDECOPI-CHT como consecuencia de la apelación formulada por la parte denunciante contra la Resolución 0097-2021/INDECOPI-CHT.
17. Asimismo, si bien la Secretaría Técnica de la Sala otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para conocer su posición con relación a dicha impugnación, en ningún momento efectuó esa indicación bajo apercibimiento de realizar alguna acción contra la parte que no presentara su posición.
18. Por el contrario, esta Sala considera que la notificación del Proveído 1 dirigida a Inmuebles Panamericana, así como los otros actuados del expediente, salvaguarda su derecho al debido procedimiento y la transparencia del mismo.
19. Por tanto, corresponde desestimar la solicitud planteada por Inmuebles Panamericanos para que se deje sin efecto o se declare la nulidad del Proveído 1 dirigido a su representada.

Sobre la prohibición de discriminación en el consumo

- Marco legal



20. En el ordenamiento jurídico peruano, el derecho a la igualdad ha sido reconocido expresamente en el numeral 2 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución), el cual establece en forma expresa y clara lo siguiente:

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

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

21. Con relación al mandato establecido en el artículo 2º de la Constitución, en diversa jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que la igualdad ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo³. 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.
22. Así, 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.
23. El derecho a la igualdad, al proyectarse a lo largo de todo el ordenamiento legal, también se manifiesta como un derecho objetivo en la regulación especial sobre protección al consumidor. De este modo, el literal d) del artículo 1º.1 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 2º de la Constitución, así como por otros de cualquier índole⁴.
24. Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la igualdad consagrado por esta norma tiene dos dimensiones: una formal y otra

³ 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 3º 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).

⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1º.- Derechos de los consumidores.**

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

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



material. En su dimensión formal, impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la Administración Pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley). Respecto de la dimensión material del derecho a la igualdad, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado lo siguiente:

“En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o la circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual”⁵.

25. Así, se ha reconocido que el derecho a la igualdad, en su faz material, también implica la exigencia de ser tratado en forma distinta, cuando un sujeto no se encuentra en una situación igual a la de los demás, teniendo en cuenta las circunstancias de aquél. A mayor abundamiento, a nivel doctrinario se ha señalado que uno de los problemas de la igualdad sustancial o material es determinar qué tipo de desigualdades de hecho cabe alegar como fundamento de un trato desigual, siendo que *“las desigualdades que han de ser compensadas son las desigualdades inmerecidas”⁶.*
26. De otro lado, el Tribunal Constitucional ha recordado en varios pronunciamientos que los derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a la igualdad) 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”*. En efecto, dicho órgano colegiado ha señalado que:

“Conforme al artículo 38° de la Constitución, “Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir y defender la Constitución”, norma que

⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. DEL 15 DE AGOSTO DE 2005. Expediente N° 0606-2004-AA/TC.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00606-2004-AA.html>

⁶ PIETRO SANCHIS, LUIS. *“Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 22. Madrid, septiembre-diciembre-1995, p. 31-37.

http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_22_007.pdf



*impone el deber de respetar los derechos de todos, sea que desarrollen sus actividades en la esfera privada o pública*⁷.

27. En ese contexto, el artículo 38° del Código establece que los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen, así como de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento, tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas⁸.
28. Si bien diversos órganos resolutivos del Indecopi han interpretado en el pasado que, del artículo 38° del Código podían desprenderse dos conductas diferentes, el trato diferenciado ilícito y la discriminación, lo cierto es que la categorización binaria establecida a nivel jurisprudencial ha sido revisada por la Sala y, en atención a que el artículo 2° de la Constitución y el artículo 38° del Código no realizan una diferenciación de carácter normativo entre trato diferenciado y discriminación, el Colegiado ha considerado pertinente reevaluar el criterio empleado y, consecuentemente, sostener que el tipo infractor contenido en el citado artículo 38° debe ser entendido como una única figura jurídica que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad y que se materialice a través de un trato discriminatorio hacia los consumidores⁹.
29. De este modo, conforme a lo desarrollado en la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2019, la Sala ha establecido un cambio de criterio con relación al modo en el que deben analizarse las conductas donde exista un trato desigual que no se encuentre justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastará para configurar un acto discriminatorio, debiendo imputarse dichas acciones del proveedor,

⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 15 DE MARZO DE 2005. Expediente N° 1848-2004-AA/TC.

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

⁸ 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.

⁹ Esta es la línea interpretativa que ha establecido el propio Tribunal Constitucional en un Pleno Jurisdiccional (Expediente 0048-2004-PI/TC, José Miguel Morales Dasso y más de cinco mil ciudadanos), que con sentencia del 1 de abril de 2005 ha explicado que: *"En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable"*.



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.

30. Es importante recalcar que el razonamiento planteado en dicho pronunciamiento no implica desconocer que existen actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que es posible que se configure un trato desigual que implique un mayor grado de afectación a la dignidad de una persona (por ejemplo, en casos donde la discriminación se origine por temas vinculados a raza, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual deberá ser meritado al momento de graduar la sanción que corresponda imponer contra el proveedor infractor.
31. La presente interpretación parte de entender que el cumplimiento del deber establecido en el artículo 38° del Código busca proteger el derecho de los consumidores a que se les brinde servicios o se les proporcione productos sin tratos desiguales, más allá de las condiciones que objetivamente resulten necesarias para el cabal cumplimiento de las prestaciones a cargo del proveedor. Así, la prohibición de discriminación en el consumo prevista en el Código sanciona el comportamiento del proveedor dirigido a negar, diferir o limitar el acceso de bienes y servicios a los consumidores, así como la realización de selección de clientela o exclusión de personas, sin que medien causas de seguridad del establecimiento, de tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas, entendiéndose que todas estas prácticas vulneran el derecho a la igualdad.
32. Asimismo, el criterio interpretativo adoptado por este Colegiado a partir del pronunciamiento mencionado anteriormente es acorde con las reglas probatorias determinadas por el legislador peruano para los casos de discriminación en el consumo, previstas en el artículo 39° del Código, el cual 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 prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.”

33. 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.

34. 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.
35. De acuerdo con lo expuesto, en consonancia con el cambio de criterio definido por la Sala, el artículo 39° del Código 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 dicha conducta, podrán determinar el nivel de gravedad de la misma al momento de graduar la sanción y, de ser el caso, aplicar una sanción más drástica en función de la práctica discriminatoria acreditada.
36. Así, resulta necesario resaltar que, tal como reconoce la propia dinámica probatoria establecida en el Código para este tipo de infracciones, en los casos de prácticas discriminatorias es posible admitir indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios para acreditar las conductas denunciadas.
37. En efecto, en lo que concierne al ámbito específico de los procedimientos por infracción a las normas de protección al consumidor y, en especial, en los procedimientos que versen sobre prácticas discriminatorias, los indicios resultan ser una herramienta particularmente importante, puesto que los proveedores suelen tener más y mejor posibilidad de generar medios probatorios que el consumidor, originándose algunas veces dificultad en la atribución de responsabilidades por los hechos denunciados, debido a la falta de pruebas directas para acreditar las alegaciones efectuadas por las partes.
38. En este orden de ideas, la comprobación de la existencia de infracciones a las normas de protección al consumidor puede producirse sobre la base de pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados.



39. Negar la utilización de estos sucedáneos es negarle a la autoridad administrativa la posibilidad de efectuar un razonamiento lógico, posibilidad que está claramente admitida en el artículo 39° del Código antes mencionado, el mismo que se alinea con el señalado en el Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos en materia de protección al consumidor.
40. Bajo este contexto, en el presente caso, se colige que deben evaluarse los diversos medios de prueba que obran en el expediente a efectos de determinar si son indicios o pruebas suficientes para acreditar la conducta infractora que habría cometido el personal del proveedor.
41. En este punto, conviene resaltar que el razonamiento antes expuesto ha sido aplicado en reiterados pronunciamientos emitidos por la Sala desde hace varios años. A modo de ejemplo, mediante Resolución 1415-2006/TDC del 13 de setiembre de 2006, la Sala emitió pronunciamiento sobre el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor contra Gersur S.A.C. (Discoteca Café del Mar), concluyendo que el proveedor incurría en prácticas discriminatorias por motivo de raza, en tanto se había constatado un impedimento de ingreso al local de una pareja de rasgos mestizos y el efectivo ingreso de una pareja de rasgos caucásicos. Como puede apreciarse, en el referido caso no existió una prueba directa y expresa -como un reconocimiento por parte del proveedor¹⁰- que diera cuenta de que las características físicas de la pareja de rasgos mestizos hayan sido los motivos para impedirles el ingreso al establecimiento, sino que se presentaron indicios que razonablemente permitieron inferir dicha conducta.
- Sobre la discriminación por identidad de género
42. La identidad de género ha sido definida por la doctrina como *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”*¹¹.

¹⁰ Por el contrario, se verificó reconocimientos en los procedimientos iniciados por los señores José Enrique Sánchez Canales y Patrick Michael Finn contra Plaza Hotel E.I.R.Ltda. (Resolución 1507-2013/SPC-INDECOPI del 12 de junio de 2013) y en el procedimiento iniciado por los señores Julio César Lavalle Sotillo y Joustin Dalton Rodríguez Salazar contra Mall Service S.A.C. – Centro Comercial Plaza San Miguel (Resolución 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre de 2015).

¹¹ **PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA. PRINCIPIOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO.** Ver: <http://yogyakartaprinciples.org/introduction-sp/>



43. De acuerdo con ello, tanto las autoridades internacionales como nacionales han reconocido que la identidad de género es una de las categorías protegidas por el artículo 1º.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹² que prohíbe cualquier norma, acto o práctica discriminatoria 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.
44. En efecto, a nivel internacional, desde la Sentencia del 24 de febrero de 2012, emitida en el marco del caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*”, la CIDH dejó establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por el artículo 1º.1 de la Convención que proscribe la discriminación^{13 14}:

“(…)

91. *Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,*

¹² **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. PARTE I DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS. CAPITULO I. Enumeración de Deberes**

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 éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...)

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

“(…)

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

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

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

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

(…)

[Subrayado agregado].

¹⁴ La CIDH ha reiterado su posición en los casos “*Duque vs. Colombia*” (2016), “*Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*” (2020) y “*Vicky Hernández y otras vs. Honduras*” (2021).



*las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párras. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la **identidad de género** de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.*

(...)

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

45. En base a lo anterior, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la identidad de género es un aspecto esencial de la manera en la que cada persona ha decidido desarrollar su vida y, por ende, merece tutela constitucional.

(...)

14. *Por demás, este Tribunal advierte que existe una fuerte tendencia de reconocer que existe un derecho a la **identidad de género**, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como "hombre" o "mujer", es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad¹⁵. (Énfasis y subrayado agregado)*

46. Siendo ello así, de la revisión de los pronunciamientos antes comentados y las disposiciones contra la discriminación plasmadas en la Constitución Política del Perú y el Código (marco legal desarrollado en el acápite anterior), se concluye que cualquier trato diferenciado que pudiera brindar un proveedor basado en la identidad de género de los consumidores,

¹⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 21 DE OCTUBRE DE 2016, RODOLFO ENRIQUE ROMERO SALDARRIAGA CONTRA REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL. EXPEDIENTE 06040-2015-PA-TC. Párrafo 14 de dicho pronunciamiento.



menoscabando, restringiendo o limitando el goce o ejercicio de cualesquiera de sus derechos, constituye una infracción a las normas de protección al consumidor.

47. Dicho razonamiento no implica que esta Sala desconozca que la aceptación de la identidad de género como una categoría protegida por el derecho a la igualdad y no discriminación continúa siendo objeto de controversia en distintos ámbitos de la sociedad, pero es importante resaltar que ello no puede ser empleado como una justificación para emitir un pronunciamiento contrario al marco legal y la jurisprudencia que ampara la protección de este derecho y que exige la emisión de un pronunciamiento que no refleje prejuicios o percepciones subjetivas que han sido actualmente superadas¹⁶.
48. Por ende, en observancia de la normativa nacional y supranacional que reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación de los consumidores por su identidad de género, corresponde evaluar si Altek ha brindado un trato diferenciado y discriminatorio a la parte denunciante, basada en su identidad de género, que menoscabe sus derechos sin justificación alguna, generándose una infracción a las normas de protección al consumidor.

- Aplicación al caso en concreto

49. En el presente caso, la parte denunciante manifestó que, desde julio de 2019, venía laborando en una peluquería ubicada en el Centro Comercial, sin haber tenido inconveniente alguno con el ingreso a los servicios higiénicos de mujeres; sin embargo, el 19 de noviembre de mismo año, el personal de control de los servicios higiénicos del establecimiento comercial le prohibió su ingreso por disposición de Altek.
50. La Comisión declaró infundada la denuncia contra Altek Trading por presunta infracción de los artículos 1º.1, literal d), y 38º del Código, tras considerar que, de manera justificada, la denunciada negó el ingreso a la parte denunciante a los servicios higiénicos de mujeres del Centro Comercial por su condición de transgénero, indicándole que debía emplear los servicios higiénicos destinados para el uso de personas con discapacidad.
51. En su motivación, la Comisión explicó que, según las Normas Técnicas A.070 e IS.010 del RNE, el uso de los servicios higiénicos debía realizarse

¹⁶ En palabras de la CIDH en el caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras (2021), "los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos "distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos", lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciadas. La Corte considera que lo mismo puede ocurrir en casos de estereotipos por la expresión de género e identidad de género."



según el sexo biológico de las personas; por lo que, resultaba justificado que Altek negara el ingreso de la parte denunciante a un servicio higiénico que no correspondía a su sexo.

52. Ante ello, la parte denunciante apeló dicha decisión, reiterando que, desde julio hasta noviembre de 2019, pudo ingresar a los servicios higiénicos de mujeres del Centro Comercial sin ningún impedimento; sin embargo, a partir de esta última fecha en adelante, Altek mantuvo su decisión de no permitir su ingreso a los servicios higiénicos de mujeres, indicándole que debía dirigirse a los servicios higiénicos de hombres o discapacitados.
53. Como segundo alegato, la parte denunciante requirió se tenga en cuenta el contexto que vivía el país en materia de discriminación por identidad de género y el grado de violencia que sufría la población LGBTI, lo cual había quedado reflejado en el caso "*Rojas Marín y otra versus Perú*".
54. Asimismo, la parte denunciante agregó que, en anteriores sentencias del Tribunal Constitucional (recaídas en los Expedientes 04617-2012-AA y 00156-2012-HC/TC) se había establecido que las decisiones de la CIDH debían ser aplicadas en sede interna. Además, añadió que la propia Sala había reconocido que la identidad de género era una categoría protegida por la Constitución, la Convención Americana de Derechos Humanos y los pronunciamientos de la CIDH.
55. Otro alegato de la parte denunciante estuvo dirigido a cuestionar la interpretación de las Normas Técnicas A.070 e IS.010 del RNE, pues a su criterio estas debían ser interpretadas teniendo en cuenta la identidad de género y las necesidades de las personas trans, siendo que una interpretación contraria a ello estaría obligando a las personas trans a revelar su identidad de género para poder ingresar al servicio higiénico que le correspondería; o, revelar si se ha sometido a alguna cirugía de reafirmación de género, lo cual claramente vulneraría su derecho a la intimidad, pudiendo incluso ocasionar violencia o humillación por parte de las personas que atienden en los servicios higiénicos u otros consumidores. Sumado a ello, la parte denunciante hizo hincapié en que dichas normas técnicas habían sido emitidas en una época en la que se desconocía la identidad de género. Por ende, concluyó que la negativa de Altek de dejarla ingresar a los servicios higiénicos de mujeres había conseguido limitar su derecho a la dignidad e incluso a la salud solo por el hecho de ser una persona transgénero.
56. Como quinto y último alegato, la parte denunciante sostuvo que en ningún momento exigió que se construyera un servicio higiénico exclusivo para su uso, sino que le dieran la posibilidad de usar el servicio higiénico que le correspondía, en respeto a su derecho a la identidad de género y la salud; y, por ello, cualquier *test* de razonabilidad que pudiera realizar la autoridad



debía resultar a su favor, pues el trato otorgado a su persona claramente no respondía a un fin constitucional legítimo, sino que -por el contrario- enfatizaba los prejuicios y estereotipos de género que afrontaban las personas trans en la sociedad.

57. De la revisión de los alegatos expuestos por ambas partes del procedimiento y de los actuados en el expediente, este Colegiado advierte que no resulta un hecho controvertido que, a partir del 19 de noviembre de 2019, la parte denunciante no pudo ingresar a los servicios higiénicos de mujeres del Centro Comercial de propiedad y administración de Altek.
58. Dicho lo anterior, la materia controvertida en este caso gira en torno a determinar si el impedimento de ingreso de la parte denunciante a los servicios higiénicos de mujeres del Centro Comercial constituye un acto de discriminación por su identidad de género o, por el contrario, si dicho impedimento respondía a razones justificadas y objetivas.
59. A efectos de acreditar los hechos narrados en su denuncia, la parte denunciante presentó un video de los sucesos acaecidos el 19 de noviembre de 2019 cuando intentó ingresar a los servicios higiénicos de mujeres del Centro Comercial. A continuación, se reproduce un extracto de la conversación contenida en dicho video:

(...)

Parte denunciante: *Quiero conversar contigo un ratito ¿Qué ha pasado?*

Encargado: *(...) hoy día han venido los administradores del local y una señora, no sé cómo se llama (...).*

Parte denunciante: *Ay no te escucho nada.*

Encargado: *Ya o sea han tenido problemas, han tenido reclamos, mejor dicho, (...) que vengan los de [REDACTED] a meterse aquí, no puede estar aquí (...).*

Parte denunciante: *¿Qué ingrese yo al baño de los hombres?*

Encargado: *Sí, no puedes entrar aquí.*

(...)

Encargado: *(...) pero mi supervisor mío me dice que no pues, porque o sea yo respeto mucho tu opción y todo pero yo le digo también es tildado como discriminación, si cada uno tiene su opción y me dice no pues, pero ellos tienen razón si es hombre hombre o mujer mujer. Ahora lo que puedo hacer es meterte al baño de acá, o sea el baño que está aquí (...)*

Parte denunciante: *O sea yo no puedo, o sea, a pesar de que soy una chica trans y me veo como una chica trans, o sea no puedo entrar al baño de mujeres.*

Encargado: *Yo le he dicho, yo le digo pero es una chica trans, tú lo ves está peinado como mujer y me dice no, los mismos administradores ah (...) los clientes se han quejado y le han dicho los de Ivana (...)*

Parte denunciante: *¿Qué clientes?*

Encargado: *Eso es lo que yo le digo, pero en la vida te van a decir los nombres de los clientes.*



Parte denunciante: Pero importa porque, si son clientes, los clientes no tienen toda la razón, uno, y otra si fueran los mismos trabajadores eso sí implicaría una discriminación más fuerte (...).

Encargado: Ah eso sí.

(...)

Parte denunciante: Ah entonces yo tengo solamente la opción de entrar o al baño de hombres o al baño de discapacitados, así me vea como me vea no puedo entrar al baño de chicas.

Encargado: Yo no tengo problemas en que pueda entrar le digo, jefe, pero eso también está mal, es un tema de discriminación le digo. En todo caso si es que la chica decide interponer una denuncia o algo yo le digo yo lo voy a reportar porque yo tampoco me voy a ver afectado le digo, en que no puede entrar, porque yo le he dejado entrar normal.

Parte denunciante: Claro, aparte yo entro al baño a ocupar el baño, yo no entro a mirar a nadie.

Encargado: Yo no tengo problemas, pero (...) habla con la tal [REDACTED] y que vaya a Administración (...)

(...)

Encargado: Porque yo también lo he sentido como discriminación (...) un chico que es homosexual es homosexual pero un trans es otra cosa le digo (...).

Parte denunciante: Exacto, si yo entro al baño de chicos, de varones, de hecho que voy a ser una burla, voy a ser la burla de todos los chicos que entren ahí.

Encargado: Claro pues, eso es lo que yo también le he dicho, por eso habla con los administradores.

Parte denunciante: Mira y encima me haces, o sea tengo que pasar la vergüenza de las chicas que entran aquí y los chicos que entren allá al otro lado.

Encargado: He estado hablando con los chicos también y me dicen allá no, porque tú has ido al baño principales también y allá entras al baño de mujeres normal (...).

Parte denunciante: Claro toda la vida y en todos los lugares.

Tercera persona: ¿Por qué desde el principio no fue así?

Encargado: Yo le digo yo llevo un mes trabajando aquí y por qué no me hablan de eso (...).

Tercera persona: ¿Dónde está esa mujer? ¿Dónde para?

Encargado: No, son los administradores del Megaplaza (...)."

60. De la revisión del contenido de dicho diálogo, se aprecia que el encargado de los servicios higiénicos comunicó a la parte denunciante la decisión de los administradores del establecimiento (Altek) de no dejarla ingresar a los servicios higiénicos de mujeres por tratarse de una mujer transgénero, cuya presencia habría causado malestar en una cliente del establecimiento.
61. Cabe resaltar que, durante el procedimiento, Altek no ha negado haber brindado esa orden al personal encargado de los servicios higiénicos del establecimiento comercial, sino únicamente ha cuestionado la validez de



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 0735-2022//SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0077-2019/CPC-INDECOPI-CHT

dicho video como medio probatorio en el procedimiento y ha defendido la legalidad de su conducta.

62. Adicionalmente, la parte denunciante presentó copia de los correos electrónicos remitidos por la administradora del Centro Comercial (la señora Carmen Roa) a su ex empleadora (la señora Monca), en los que nuevamente se constata que los motivos que presidieron la decisión de no dejarla ingresar a los servicios higiénicos de mujeres era su condición de mujer transgénero que habría causado una molestia en una cliente.

Carmen Roa Ayer
para mí, Billy, Kharen, Saul,...

Estimada buen dia .
Este incidente sale a raíz de un reclamo de una Sra cliente encontrando al locatario en mención [REDACTED] de [REDACTED] SS.HH damas

La Sra en mención se acerca a las oficinas administrativas indicando lo sucedido y qué acciones voy a tomar , indicando a la Sra que nosotros como Centro Comercial evaluaremos lo sucedido . cabe resaltar que ningún momento hacemos discriminación al locatario dando la orden a la empresa ANCRO (Proveedora) en mantenimiento de los SS.HH.

En derivar a la persona en mención a los baños discapacitados .
Baños discapacitados , no es un servicio netamente para personas con alguna dificultad. o hacer uso SS.HH Caballeros.

nosotros como Centro Comercial velamos por el bienestar del Cliente que nos visita como el locatario.

Carmen Roa Ayer
para mí, Billy, Kharen, Saul,...

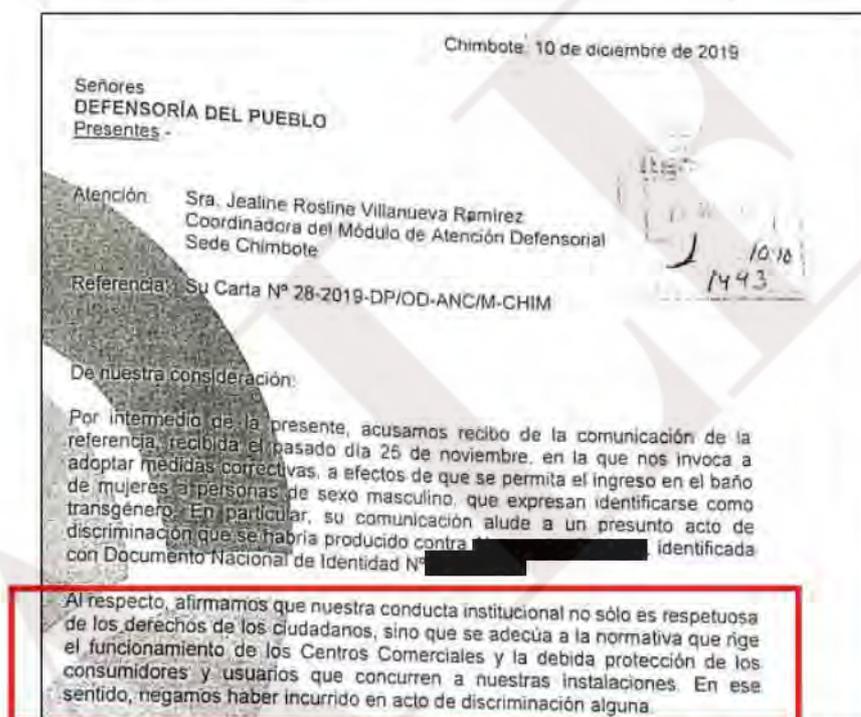
Estimada Maybeth .
Nosotros como Centro Comercial , no incumplidos con el locatario [REDACTED] de tu representada (debería ingresar SS.HH Caballeros y no Damas) y como soporte SSHH discapacitados a disposición .
en el audio no se escuchó ningún maltrato por parte del personal Ancro,lo deriva .
si la área comercial desea enviar la carta que solicitas

saludos cordiales

M-SPC-13/1B



63. Asimismo, obra en el expediente una copia de la respuesta brindada por Altek a la Defensoría del Pueblo con relación a la comunicación presentada por la parte denunciante ante dicha entidad por los hechos ocurridos el 19 de noviembre de 2019, en la que se observa que la denunciada reconoció haber negado el ingreso de la parte denunciante a los servicios higiénicos de mujeres, justificando su conducta en la normativa que rige el funcionamiento de los centros comerciales y la protección de los consumidores, tal como se aprecia en la siguiente imagen:



64. De la revisión de los medios probatorios antes mencionados, esta Sala verifica que la denunciante cumplió con acreditar que Altek prohibió su ingreso a los servicios higiénicos de mujeres del Centro Comercial por su condición de mujer transgénero, dado que su presencia habría incomodado a una cliente del establecimiento.
65. Asimismo, dichas pruebas evidencian que, bajo las órdenes de personal de Altek, la parte denunciante solo podía ingresar a los servicios higiénicos de hombres o, en su defecto, a los servicios higiénicos de discapacitados¹⁷.

¹⁷ De acuerdo con la Norma Técnica A.120 "Accesibilidad Universal en Edificaciones" del RNE, aprobado por Resolución Ministerial 072-2019-VIVIENDA, "en edificaciones cuyo número de ocupantes demande servicios higiénicos, por lo menos un inodoro, un lavatorio y un urinario de la dotación, en cada nivel o piso de la edificación, deben ser accesibles para las personas con discapacidad y/o personas con movilidad reducida, pudiendo ser de uso mixto." (subrayado agregado)



66. En este punto, cabe indicar que, si bien Altek alegó que los medios probatorios aportados por la parte denunciante no acreditaban completamente el hecho imputado en su contra, el cual señalaba expresamente que su representada habría indicado a la parte denunciante que empleara los servicios higiénicos destinados a las personas con discapacidad, lo cierto es que el hecho relevante para determinar una presunta infracción por discriminación es el trato diferenciado que se le habría brindado a la consumidora al no dejarla ingresar a los servicios higiénicos del sexo con el cual se identifica, siendo indistinto si posterior a ello hubo una indicación de que se dirija a los servicios higiénicos de hombres o discapacitados, pues ello no desvirtuaría el trato diferenciado que constituye la posible conducta discriminadora pasible de sanción.
67. Además, como se ha señalado en párrafos precedentes, contrariamente a lo alegado por la denunciada, esta Sala advierte que la parte denunciante sí fue derivada a los servicios higiénicos de discapacitados.
68. Ello, pues el video grabado por la parte denunciante demuestra que el personal encargado de los servicios higiénicos la derivó a los servicios higiénicos de hombres o, en su defecto, a los servicios higiénicos de discapacitados, de la siguiente manera:

(...)

Parte denunciante: ¿Qué ingrese yo al baño de los hombres?

Encargado: Sí, no puedes entrar aquí.

(...)

Encargado: (...) pero un supervisor mío me dice que no pues, porque o sea yo respeto mucho tu opción y todo pero yo le digo también es tildado como discriminación, si cada uno tiene su opción y me dice no pues, pero ellos tienen razón si es hombre o mujer. Ahora lo que puedo hacer es meterte al baño de acá, o sea el baño que está aquí (...)

(...)

Parte denunciante: Ah entonces yo tengo solamente la opción de entrar o al baño de hombres o al baño de discapacitados, así me vea como me vea no puedo entrar al baño de chicas."

69. Incluso, se observa que el personal encargado de los servicios higiénicos derivó a la parte denunciante a los servicios higiénicos de discapacitados antes de que ésta expresara que podía sufrir burlas si entraba a los servicios higiénicos de hombres, con lo cual se comprueba que dicha indicación se brindó de manera voluntaria y no por un pedido de la interesada.

Ahora, en el presente caso, de los hechos narrados por ambas partes, se desprende que los servicios higiénicos para discapacitados se encontraban ubicados en un espacio independiente de los servicios higiénicos de mujeres y hombres.



70. Asimismo, si bien la citada conversación se reprodujo en un entorno privado, ello no significa que la misma haya tenido calidad de confidencial o que la utilización de la grabación como medio probatorio para efectos del presente procedimiento vulnere algún derecho de las partes, en tanto que la propia parte denunciante participó de la conversación y ofreció la grabación como prueba adjunta a su denuncia¹⁸.
71. Considerando lo expuesto, en la medida que la parte interesada formó parte de la conversación sostenida con el personal encargado de los servicios higiénicos, y tomando en cuenta que el contenido de dicho audio hacía referencia a su persona, esta Sala considera que las grabaciones registradas por la denunciante constituyen medios de pruebas lícitos que serán tomados en cuenta en el análisis de las conductas infractoras imputadas al proveedor.
72. A mayor abundamiento, no se observa que se trate de interceptaciones telefónicas realizadas ilícitamente por terceros ni tampoco de declaraciones obtenidas a través de violencia moral o física. Además, dichas grabaciones no fueron objeto de divulgación pública, sino que solo fueron puestas en conocimiento de la autoridad administrativa, presentándose en el marco de la denuncia tramitada en este procedimiento.

¹⁸ Respecto del referido audio, se precisa que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la presunta ilegalidad de la grabación de una conversación privada, señalando en el fundamento 3 de la sentencia del 15 de septiembre de 2003 recaída en el Expediente 2053-2003-HC/TC que la prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal. Posteriormente, el mismo Tribunal precisó que un medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental será excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona (fundamento 15 de la sentencia del 27 de octubre de 2010 recaída en el Expediente 655-2010-PHC/TC).

Igualmente, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del 17 de julio de 2014, recaída en el Expediente 00867-2011-PA/TC, manifestó lo siguiente:

«(...) es constitucionalmente posible sostener que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no se ve vulnerado cuando alguna de las partes intervinientes en el proceso comunicativo perenniza o graba para sí la comunicación en la que forma parte o cuando de manera libre, voluntaria y expresa permite, posibilita o autoriza la interceptación, grabación o el acceso al contenido de la comunicación a un tercero ajeno a la comunicación de la misma. Cuestión totalmente distinta, hay que insistir, es la intervención en la comunicación de un tercero que no tiene autorización de ninguno de los interlocutores o de la autoridad judicial. Ello es así porque, repetimos, lo que constitucionalmente está vedado es la injerencia externa en la comunicación de un tercero que no tiene autorización alguna y no el registro o la autorización para el acceso a la propia comunicación».

(El subrayado es nuestro)

Por otro lado, la doctrina también sostiene que las grabaciones realizadas en reuniones por una de las partes tienen plena validez, "sin perjuicio del valor probatorio, discusión cuyo examen en profundidad es distinto al de su validez". Lo que indica que, una vez acreditada la legalidad de la prueba aportada al procedimiento, se deberá evaluar si sustenta de manera concluyente la denuncia efectuada.

De los argumentos antes mencionados, esta Sala aprecia que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no se ve vulnerado si una de las partes que interviene en el proceso comunicativo graba para sí la comunicación o, en su defecto, si una de las partes autoriza a un tercero para que grabe o acceda al contenido de la misma.



73. De igual manera, con relación al alegato de Altek referido a que el video había sido grabado de forma premeditada, debe señalarse que ese hecho no demuestra mala fe de la parte denunciante, toda vez que -por el contrario- resulta razonable que cualquier consumidor afectado busque recabar medios probatorios que acrediten sus afirmaciones sobre los hechos que constituyen una posible infracción administrativa en su contra.
74. Además, aun cuando el video habría sido grabado por la parte interesada, a efectos de demostrar el hecho denunciado, se debe resaltar que el encargado de los servicios higiénicos solo manifestó lo mismo que Altek ha reconocido a lo largo del procedimiento, esto es, que no permitió el ingreso de la parte denunciante a los servicios higiénicos de mujeres (como se observa en el video), siendo que su defensa solo se ha centrado en acreditar que dicho impedimento se encontraba justificado, lo cual será analizado de manera posterior.
75. Por otro lado, en los correos electrónicos remitidos por la administradora del Centro Comercial a la señora Monca, se reconoce expresamente que Altek brindó una orden a la empresa encargada de los servicios de mantenimiento de los servicios higiénicos para que deriven a la parte denunciante a los servicios higiénicos hombres o, como soporte, discapacitados. De ahí que el hecho de que la señora Monca no se haya encontrado presente en el momento de la presunta infracción, no resulta relevante frente a lo manifestado por la propia administradora del Centro Comercial.
76. Igualmente, en la respuesta brindada por Altek a la Defensoría del Pueblo, se reconoció el mismo hecho: *"(...) cuando se le sugirió que utilice el baño reservado para las personas con discapacidad (que por norma es de uso mixto), ello obedeció a que el [REDACTED] expresó que era objeto de molestias cuando utilizaba el baño de hombres (...)"*.
77. Ahora bien, habiéndose demostrado que Altek no permitió el ingreso de la parte denunciante a los servicios higiénicos de mujeres por su identidad de género, indicándole que debía utilizar los servicios higiénicos de discapacitados, corresponde analizar si dicha negativa se encontraba basada en alguna justificación objetiva y razonable.
78. Sobre el particular, Altek manifestó como principal defensa durante el procedimiento que su conducta se encontraba respaldada en las Normas Técnicas A.070 e IS.010 del RNE que establecía que las edificaciones de centros comerciales debían contar con dos servicios higiénicos diferenciados por el sexo (uno para mujeres y otro para hombres); por lo que, el sexo biológico era el factor determinante para definir el servicio higiénico al que debía dirigirse una persona y no la identidad de género. Cabe recordar que



dicho argumento fue acogido por la Comisión para desestimar la denuncia interpuesta en su contra.

- 79. De la revisión de las mencionadas normas, se corrobora que efectivamente estas disponen la implementación de dos servicios higiénicos diferenciados por el sexo de las personas de la siguiente manera:

Norma Técnica A.070

16.4 Las edificaciones para tiendas independientes, tiendas por departamentos, supermercados, tiendas de mejoramiento del hogar y otras tiendas de autoservicio deben estar provistas de servicios sanitarios para empleados, según lo siguiente:

Cuadro N° 7.

Table with 3 columns: Número de empleados, Hombres, and Mujeres. Rows include employee ranges from 1-6 to 200+ and additional employees.

Norma Técnica IS.010

c) Los locales comerciales o edificios destinados a oficinas o tiendas o similares, deberán dotarse como mínimo de servicios sanitarios en la forma, tipo y número que se especifica a continuación:

- En cada local comercial con área de hasta 60 m2 se dispondrá por lo menos, de un servicio sanitario dotado de inodoro y lavatorio.
- En locales con área mayor de 60 m2 se dispondrá de servicios sanitarios separados para hombres y mujeres, dotados como mínimo de los aparatos sanitarios que indica la Tabla N° 1.

TABLA N° 1: Table with 6 columns: Área del local (m2), Inod., Lav., Urin., Inod., Lav. for Hombres and Mujeres.

- 80. No obstante, debe recordarse que estas normas constituyen disposiciones de carácter técnico que regulan el diseño y construcción de las edificaciones comerciales, mas no se tratan de disposiciones que tengan como finalidad regular la forma de interacción de las personas con relación al uso de los servicios higiénicos. Tampoco se observa dichas normas restrinjan el uso de los servicios higiénicos al sexo biológico de las personas, lo cual responde justamente a la materia controvertida en este procedimiento.





81. Es importante tener en cuenta que, en el caso en concreto, se encuentra en discusión si resulta justificado que Altek haya impedido el ingreso de la parte denunciante (una mujer transgénero) a los servicios higiénicos de mujeres debido a su identidad de género, es decir, por poseer una identidad de género que no coincide con su sexo biológico.
82. Conforme a ello, debemos señalar que, a criterio de este Colegiado, las disposiciones del RNE sobre la implementación de servicios higiénicos para hombres y mujeres en establecimientos comerciales no implican en modo alguno que su uso se determine únicamente por el sexo biológico de las personas, toda vez que ello implicaría desconocer los casos en los que el sexo biológico de las personas no coincide con su identidad de género, como sucede con la parte denunciante.
83. En este último caso, para determinar el uso de los servicios higiénicos de hombre o mujer, resulta razonable que se considere la identidad de género de la persona, en lugar del sexo biológico de esta, en tanto que generalmente resulta suficiente para cualquier persona demostrar una apariencia física de hombre o mujer para hacer uso de los servicios higiénicos, sin que sea necesario acreditar el sexo de nacimiento o haberse sometido a alguna intervención quirúrgica de cambio de sexo.
84. Siendo ello así, en tanto el RNE no restringe el uso de los servicios higiénicos de hombres y mujeres según el sexo biológico de las personas ni resulta razonable dicha restricción, esta Sala considera que la conducta de Altek no era amparable por dicha norma.
85. Por otro lado, Altek también mencionó que su negativa de ingreso de la parte denunciante a los servicios higiénicos de mujeres estuvo guiada por los criterios y pronunciamientos en materia de protección al consumidor. A modo de ejemplo, la administrada trajo a colación la Resolución 2640-2013/SPC-INDECOPI y la Resolución 2264-2010/CPC. Asimismo, añadió que las resoluciones antes citadas habían generado que los administrados, como su representada, adoptaran la conducta que era materia de denuncia, por lo que atribuirle responsabilidad atentaría contra el Principio de Predictibilidad y Seguridad Jurídica, así como la doctrina de actos propios.
86. Al respecto, es preciso indicar que, si bien la Sala declaró infundada una denuncia por un hecho similar en la Resolución 2640-2013/SPC-INDECOPI, dicha resolución no impide que, a través del presente pronunciamiento, se efectúe un cambio de criterio en atención a las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores.



87. Como se puede apreciar, el Principio de Predictibilidad establecido en el TUO de la LPAG recoge la posibilidad de que la autoridad se aparte de sus propias actuaciones motivando debidamente dicha decisión:

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

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.” (subrayado agregado)

88. De la norma antes citada, se desprende que los pronunciamientos emitidos por cualquier órgano resolutorio del Indecopi (incluyendo la Sala) no necesariamente constituyen criterios que permanecen inamovibles en el tiempo, sino que estos pueden ser materia de revisión y modificación por las consideraciones expuestas en cada caso, sin que ello vulnere ningún principio. En el ámbito jurisprudencial, es común que el análisis y el razonamiento de los casos evolucione con el transcurso del tiempo a fin de establecer criterios que se adapten a los cambios de la sociedad.
89. Nótese, además que, desde la emisión de la Resolución 2640-2013/SPC-INDECOPI, han transcurrido varios años en los que la Sala ha forjado una línea jurisprudencial que promueve la defensa y el respeto por los derechos humanos de todas las personas, siendo que, el caso particular de las personas de la comunidad LGBTI, se han emitido pronunciamientos que denotan claramente el cumplimiento de este precepto¹⁹ cuando ha quedado acreditado que tales personas han sido víctimas de discriminación.
90. Por ese motivo, tampoco resulta correcto que Altek alegue que un cambio de criterio lo eximiría de responsabilidad por haber sido inducido a error por la propia Administración, ya que (i) la autoridad se encuentra facultada para apartarse de anteriores pronunciamientos, siempre que motive debidamente

¹⁹ A modo de ejemplo, ver las Resoluciones 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre de 2015, 2129-2018/SPC-INDECOPI del 20 de agosto de 2018, 1539-2018/SPC-INDECOPI del 22 de junio de 2018, 0534-2019/SPC-INDECOPI del 27 de febrero de 2019 y 1112-2020/SPC-INDECOPI del 22 de julio de 2020.



su decisión; (ii) el cambio de criterio no significa la existencia de un error por parte de la autoridad administrativa en la actuación precedente; y, (iii) desde la emisión de la Resolución 2640-2013/SPC-INDECOPI, se han emitido sendos pronunciamientos que demostraron que la línea jurisprudencial y las consideraciones de la Sala con relación a de la comunidad LGBTI había variado hacia una protección más amplia de sus derechos.

91. Cabe agregar que, con relación a la Resolución 2264-2010/CPC, esta Sala no puede pronunciarse por tratarse de un pronunciamiento emitido por un órgano resolutorio diferente que goza de autonomía para establecer sus propios criterios.
92. En el mismo sentido, respecto a los efectos que podría causar la emisión del presente pronunciamiento, lo cual Altek ha considerado como una política regulatoria que impactaría en el resto de los agentes en el mercado y que debería producirse a través de una iniciativa legislativa, corresponde señalar que esta Sala no puede abstenerse de emitir un pronunciamiento por los posibles alcances que conlleven su decisión, sino -por el contrario- ese hecho refuerza aún más la necesidad de emitir un pronunciamiento acorde a derecho que garantice el correcto funcionamiento del mercado y resguarde, como en el presente caso, los derechos de usuarias como la parte interesada.
93. De este modo, de la revisión y análisis de los argumentos vertidos por Altek en su defensa, ha quedado acreditado que no había una razón objetiva que justificara la negativa de ingreso de la parte denunciante a los servicios higiénicos de mujeres por su identidad de género.
94. Ahora bien, habiendo determinado lo anterior, esta Sala considera importante realizar algunas precisiones respecto a la presunta falta de privacidad y seguridad que implicaría el uso de los servicios higiénicos de mujeres u hombres por parte de personas transgénero. Ello, a propósito del supuesto reclamo presentado por una cliente del Centro Comercial, quien habría manifestado su malestar por la presencia de la parte denunciante en los servicios higiénicos de mujeres.
95. Con relación a este último punto, es preciso resaltar que no obra en el expediente ninguna prueba del reclamo que habría presentado una cliente del Centro Comercial por la presencia de la parte denunciante en los servicios higiénicos de mujeres, a fin de analizar el sustento de dicha molestia. Sin perjuicio de ello, aun cuando existiera un reclamo, el personal de Altek debe encontrarse debidamente capacitado para determinar si la disconformidad de la cliente se encontró basada en razones objetivas o en prejuicios que atentan contra la dignidad de las personas, con el fin de evitar



posibles actos de discriminación que se lleven a cabo dentro de sus espacios comerciales.

96. Aunado a ello, de los hechos narrados por ambas partes del procedimiento, se advierte que, desde julio hasta noviembre de 2019, la parte denunciante estuvo haciendo uso regular de los servicios higiénicos de mujeres sin presentar inconvenientes o problemas con las demás personas que ingresaban al mismo servicio. Ese hecho *-a priori-* demostraría que el ingreso de las personas transgénero a los servicios higiénicos de mujeres u hombres no implica una situación de riesgo o inseguridad para las personas que hacen uso de tales ambientes, más aún cuando no se aportó a la presente controversia medio probatorio idóneo alguno que rebatiera ello.
97. Es importante destacar que el mismo razonamiento ha sido compartido por órganos jurisdiccionales de otros países que han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la presencia de personas transgénero en los servicios higiénicos.
98. A modo de ejemplo, es pertinente traer a colación la sentencia del 27 de marzo de 2018²⁰, emitida por el Trigésimo Juzgado Civil de Santiago, en la cual dicho órgano jurisdiccional decidió amparar la demanda presentada por una mujer transgénero contra la Comercializadora y Administradora Santa Lucía S.A. por considerar -entre otros puntos- lo siguiente:

“DÉCIMO SEXTO: Que tampoco es admisible el argumento relativo a que las clientas del local “podrían” experimentar rechazo a compartir el servicio higiénico con quien, fisiológicamente, sea un hombre, no solo porque se refiere a un actuar de terceros meramente eventual, sino que porque además un hipotético rechazo de tales ribetes, lejos de obedecer al ejercicio de un derecho, sería manifestación de una falta de tolerancia elemental que cualquier persona debiera observar al concurrir a un lugar público, más aún a un bar y de noche. Mal podría alguien en tales circunstancias exteriorizar un rechazo en función de una identidad de género diferente; y desde el momento que la demandada valida esa hipótesis, es porque privilegia la eventual intolerancia de terceros por sobre la dignidad de la persona cuyo ingreso fue denegado, lo que resulta inconcebible y un claro ejemplo de las conductas que la Ley N°20.609 busca precisamente evitar y sancionar.” (subrayado agregado)

99. Asimismo, merecen atención las conclusiones de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos en la sentencia del caso “Gavin Grimm vs. la Junta

²⁰ TRIGÉSIMO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO (2018). Causa rol C-10540-2016. Sentencia: 27 de marzo de 2018.



Escolar del Condado de Gloucester", emitida el 26 de agosto de 2020, en la cual dicho órgano jurisdiccional dejó constancia de que no había pruebas de que el ingreso del apelante (un niño transgénero) a los servicios higiénicos de hombres haya causado alguna afectación a la seguridad o privacidad de las personas que hacían uso del mismo servicio.

100. A continuación, un extracto de la sentencia antes mencionada²¹:

"Nadie cuestiona que los estudiantes tengan un interés de la privacidad de su cuerpo cuando acuden al baño. Pero la Junta ignora la realidad de cómo un niño transgénero usa el baño: "entra a un cubículo y cierra la puerta".

(...)

Grimm uso los baños de niños durante siete semanas sin incidentes (...).

La junta no presenta ninguna evidencia de que un estudiante transgénero, mucho menos Grimm, pueda ser un mirón, en lugar de ocuparse de sus propios asuntos como cualquier otro estudiante. Dicho de otra manera, el registro demuestra que la privacidad corporal de los niños cisgénero que usan los baños de niños no aumentó cuando a Grimm se le prohibió el acceso a esos baños. Por lo tanto, la política de la Junta no se relacionó sustancialmente con su supuesta meta.

La insustancialidad de los temores de la Junta se ha confirmado en los distritos escolares de todo el país, incluidos otros distritos escolares de Virginia. Casi la mitad de los estudiantes de las escuelas públicas de Virginia asisten a escuelas que prohíben la discriminación o el acoso por motivos de identidad de género. (...) Aunque los miembros de la comunidad manifestaron

²¹ UNITED STATES COURTS OF APPEALS. UNITED STATES COURT OF APPEALS (4TH CIRCUIT). GRIMM V. GLOUCESTER CNTY. SCH. BD., NO. 19-1952. 26 DE AGOSTO DE 2020.

<https://app.vlex.com/#vid/qnmm-v-gloucester-cnty-891807267>

Traducción del siguiente extracto de la sentencia:

"No one questions that students have a privacy interest in their body when they go to the bathroom. But the Board ignores the reality of how a transgender child uses the bathroom: "by entering a stall and closing the door." (...).

Grimm used the boys restrooms for seven weeks without incident. (...) The Board does not present any evidence that a transgender student, let alone Grimm, is likely to be a peeping tom, rather than minding their own business like any other student. Put another way, the record demonstrates that bodily privacy of cisgender boys using the boys restrooms did not increase when Grimm was banned from those restrooms. Therefore, the Board's policy was not substantially related to its purported goal.

The insubstantiality of the Board's fears has been borne out in school districts across the country, including other school districts in Virginia. Nearly half of Virginia's public-school students attend schools prohibiting discrimination or harassment based on gender identity. (...) Although community members espoused similar fears at school board meetings before the anti-discrimination measures, none of those fears have materialized. (...)

Those Virginia school boards have had no difficulty implementing trans-inclusive bathroom policies and explain that they "have seen none of the negative consequences predicted by opponents of such policies." (...)

We thus agree with the district court's apt conclusion that "the Board's privacy argument 'is based upon sheer conjecture and abstraction (...)' The Board cites to no incident, either in Gloucester County or elsewhere. It ignores the growing number of school districts across the country who are successfully allowing transgender students such as Grimm to use the bathroom matching their gender identity, without incident. And it ignores its own seven-week experience with doing the same in Gloucester County High School (...)"



temores similares en las reuniones de la junta escolar antes de las medidas contra la discriminación, ninguno de esos temores se ha materializado (...) Esas juntas escolares de Virginia no han tenido dificultades para implementar políticas de baños inclusivos para personas trans y explican que "no han visto ninguna de las consecuencias negativas predichas por los opositores a tales políticas". (...)

Por lo tanto, estamos de acuerdo con la acertada conclusión del tribunal de distrito de que el argumento de privacidad de la Junta 'se basa en puras conjeturas y abstracciones'. (...) La Junta no cita ningún incidente, ni en el condado de Gloucester ni en ningún otro lugar. Ignora el creciente número de distritos escolares en todo el país que están permitiendo con éxito que los estudiantes transgénero como Grimm usen el baño que coincide con su identidad de género, sin incidentes. E ignora su propia experiencia de siete semanas haciendo lo mismo en la escuela secundaria del condado de Gloucester." (subrayado agregado)

101. Adicionalmente es importante destacar que dichos pronunciamientos no son la primera vez que un organismo jurisdiccional se pronuncia por la falta de pruebas que existen sobre la presunta afectación a la tranquilidad que podría causar una persona transgénero, sino que dichos argumentos han sido desvirtuados con anterioridad²².

²² Con relación a la utilización de los baños de mujeres por parte de un transgénero de sexo masculino, reviste particular importancia para el presente caso, lo decidido por la División de Derechos Civiles del Estado de Colorado (EE.UU.), que reconoció el derecho de Coy Mathis, de seis años, nacido varón, pero que se sentía y vestía como una niña, a usar el baño para mujeres de su colegio de educación primaria. En la respectiva resolución se señaló que:

"(...)
The Respondent perceives the Charging Party to be a boy based on her birth certificate because it suggest that she does not possess the typical female genitalia associated with girls. Sex assignment at birth, however, is merely a category that a child is placed in based on observable anatomy, and does not take into consideration the psychological and biological variations associated with the composition of each person. Given the evolving research into the development of transgender persons, compartmentalizing a child as a boy or a girl solely based on their visible anatomy, is a simplistic approach to a difficult and complex issue. The Respondent, moreover, ignores federal and legal documents—more current than the Charging Party's birth certificate—which undeniably state the Charging Party's sex as female. The evidence, as such, is sufficient to demonstrate that the Charging Party is a girl and identifies as a girl. (...)"

"(...)
Despite having access to other restrooms, by not permitting the Charging Party to use the girls' restroom, the Respondent creates an environment rife with harassment and inapposite to a nurturing school atmosphere. This deprives the Charging Party of the acceptance that all students require to excel in their learning environment, creates a barrier where none should exist, and entirely disregards the Charging Party's gender identity. Therefore, although the Respondent provided alternate restrooms in theory, the evidence demonstrates that, in practice, they do not constitute "services" sufficient to meet the Charging Party's needs. (...)"

De otro lado, respecto a la supuesta afectación a la tranquilidad y comodidad de la clientela de sexo femenino, se aprecia que dicha afirmación no se sustentó en la existencia de pruebas concretas, de manera similar a lo ocurrido con la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Chile cuando falló concediendo la tuición (custodia) definitiva de las hijas de la señora Karen Atala (en adelante, la señora Atala) a favor de su padre, quien había interpuesto una demanda de tuición luego de que la señora Atala iniciara una convivencia con su pareja del mismo sexo. En efecto, en la Sentencia del 24 de febrero de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó lo siguiente:



102. De este modo, esta Sala considera que amparar la negativa de Altek de impedir el ingreso de personas transgénero a los servicios higiénicos que les corresponden por el rechazo de terceras personas (sea por presuntos motivos de privacidad o seguridad que ni siquiera fueron corroborados en la presente controversia) significaría desconocer que, en la realidad, no se han registrado incidentes de actos impropios, inmorales o inadecuados cometidos por personas transgénero en los servicios higiénicos, reforzando prejuicios o percepciones subjetivas que menoscaban los derechos de personas como la parte interesada.
103. A diferencia de ello, no se pueden desconocer los altos índices de discriminación y violencia que sí se reportan contra las personas transgénero en el país²³ ²⁴, resultando aún más importante permitir el ingreso de personas

(...)

130. El Tribunal observa que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia de Chile no falló con base en un análisis in abstracto del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas, sino que invocó la supuesta existencia de pruebas concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la 'eventual confusión de roles sexuales' y la 'situación de riesgo para el desarrollo' de las niñas. La Corte Suprema de Justicia afirmó la existencia de un 'deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía la existencia de las menores' de edad, como consecuencia de la convivencia de la madre con su pareja, sin especificar en qué consistía la relación de causalidad entre dicha convivencia y el supuesto deterioro. (...) La motivación de la Corte Suprema de Justicia se centró en los posibles daños psicológicos que podrían producirse en las tres niñas por el hecho de vivir con una pareja homosexual, sin aludir a razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre o el padre no tiene un efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la orientación sexual y las relaciones sociales del niño o la niña. (...) (Subrayado añadido).

Precisamente, por la falta de comprobación en el caso concreto de una afectación negativa al interés superior de las menores hijas de la señora Atala y la utilización de argumentos abstractos estereotipados, la CIDH concluyó que el Estado de Chile había incurrido en un trato discriminatorio en contra de la recurrente:

(...)

146. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas N., V. y R, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (...) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (...) por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo. (...) (Subrayado añadido).

23

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2020). Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Sentencia del 12 de marzo de 2020.

⁴⁹En el Perú existen prejuicios significativos contra la población LGBTI. En la encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática se determinó que el "56,5% de la población LGBTI siente temor de expresar su orientación sexual y/o identidad de género, señalando como principal motivo el miedo a ser discriminado y/o agredido (72%)"⁴⁶. De acuerdo a información citada por la Defensoría del Pueblo del Perú, el "45% de las personas [encuestadas en el 2013 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos] considera que las personas LGBTI no deberían ser docentes en colegios y un 59% que no deben tener derecho al matrimonio civil"⁴⁷. De acuerdo a datos de la Encuesta Mundial de Valores en 2001, el 64,4% de la población encuestada consideraba que "la homosexualidad nunca estaba justificada" y el 49,2% señaló que el vecino que menos le agradaría tener es un vecino homosexual⁴⁸, estos porcentajes bajaron en el 2012 al 41,8% y al 44%, respectivamente⁴⁹. Del mismo modo, gobiernos locales en el Perú incluyen dentro de las metas de seguridad



transgénero a los servicios higiénicos que corresponden a su identidad, previniendo cualquier situación de riesgo contra su integridad física y psicológica.

104. Por tanto, en virtud a las consideraciones anteriormente expuestas, esta Sala discrepa de la decisión de la Comisión, pues se considera que la negativa de Altek de negar el acceso de la parte interesada a los servicios higiénicos de mujeres en el establecimiento comercial, no se encontraba sustentada en una causa objetiva y justificada, en tanto que: (i) la identidad de género de la parte denunciante -reconocida como un derecho fundamental por nuestra Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos - implicaba que usara los servicios higiénicos de mujeres; y, (ii) en el caso concreto, no se ha verificado que el ingreso de la parte denunciante a los servicios higiénicos de mujeres afectara en modo alguno el derecho fundamental a la tranquilidad de las demás personas²⁵, sino que aparentemente dicha negativa se habría basado prejuicios de la clientela.
105. En mérito de lo expuesto, este Colegiado considera que corresponde revocar la resolución venida en grado que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Altek por presunta infracción de los artículos 1º.1, literal d), y 38º del Código; y, en consecuencia, se declara fundada la misma. Ello, en tanto quedó acreditado que la denunciada discriminó a la parte denunciante por su identidad de género, al negarle el ingreso a los servicios higiénicos de mujeres del establecimiento comercial, indicándole que debía emplear los servicios higiénicos destinados para el uso de personas con discapacidad.

Sobre la graduación de la sanción

106. A efectos de graduar la sanción a imponer, el TUO de la LPAG recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa el Principio de

ciudadana la "erradicación de los homosexuales", lo cual consiste en retirar a la persona del territorio del distrito."

²⁴ **COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA TORTURA.** Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Perú (CAT/C/PER/CO/R.7). 20 de noviembre de 2018.

"22. El Comité expresa su preocupación por las informaciones recibidas según las cuales mujeres transgénero habrían sido objeto de detención arbitraria y violencia sexual por parte de miembros de la Policía Nacional. Respecto de este tipo de situaciones, el Comité toma nota de las disposiciones aplicables contenidas en el Manual de derechos humanos aplicados a la función policial, aprobado mediante resolución ministerial núm. 952-2018-IN, así como de la inclusión de módulos sobre violencia de género en los planes de estudios de los centros de formación de policía. Si bien toma nota también de la información facilitada por la delegación relativa a los casos Azul Rojas Marín y Yefri Edgar Peña Tuanama, el Comité lamenta que el Estado parte no haya proporcionado los datos solicitados sobre denuncias registradas por este tipo de abusos durante el período objeto de examen (arts. 2, 12, 13 and 16)."

²⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.** Artículo 2º. - Toda persona tiene derecho:

(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

(...).



Razonabilidad²⁶, según el cual la 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.

107. 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.
108. Por su parte, el artículo 112° del Código²⁷ 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.
109. En el presente caso, en la medida que esta Sala ha determinado que Altek vulneró los artículos 1°.1, literal d), y 38° del Código, al discriminar a la parte denunciante, negándole el ingreso a los servicios higiénicos de mujeres, corresponde graduar una sanción.
110. Previo a ello, es menester pronunciarse sobre los siguientes alegatos vertidos por Altek para que se le imponga una amonestación por la infracción detectada:
 - (a) En el caso en concreto, no se estaba reprimiendo una contravención al ordenamiento jurídico, sino una conducta que era permitida por la Sala hasta el momento que ocurrió el hecho denunciado;
 - (b) su representada no había obtenido beneficio ilícito alguno, pues actuó en apego a la jurisprudencia de la Sala;

²⁶ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

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 tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (...)

²⁷ **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. (...)



- (c) sería la primera vez que la Sala sancionaría una conducta similar al hecho denunciado, por lo cual era de aplicación una amonestación, como sucedió en el caso resuelto en la Resolución 0243-2018/SPC-INDECOPI; y,
- (d) no se había acreditado un daño ni efectos nocivos en el mercado.
111. Al respecto, con relación al primer alegato de Altek, es preciso señalar que la discriminación es un acto prohibido por el ordenamiento jurídico, tanto por el Código como la Constitución. Asimismo, como se ha explicado en el acápite precedente, si bien la Sala, a través de la Resolución 2640-2013/SPC-INDECOPI del 30 de setiembre de 2013, interpretó de manera distinta una conducta como la analizada en el presente procedimiento, en el transcurso de los años ha demostrado haber modificado sus consideraciones por la protección de la dignidad y los derechos humanos de la comunidad LGBTI, lo cual pudo ser analizado por Altek para adecuar su conducta a dicha línea jurisprudencial.
112. En ese mismo orden de ideas, el segundo alegato vertido por Altek sobre la inexistencia de un beneficio ilícito con la comisión de la conducta infractora ha sido sustentando nuevamente en un pronunciamiento anterior de la Sala, el cual ha sido desestimado en párrafos previos y, por el contrario, se ha demostrado que la administrada no actuó acorde con la más reciente jurisprudencia de la Sala.
113. Cabe agregar que el beneficio ilícito es uno de los criterios previstos en el Código que puede tener en cuenta la autoridad para la graduación de la sanción, mas no resulta obligatorio su empleo ni implica que, ante la falta de un beneficio ilícito, se deberá imponer una amonestación.
114. Por otro lado, respecto al precedente administrativo que trajo a colación Altek para que se tenga en cuenta al momento de graduar la sanción (Resolución 0243-2018/SPC-INDECOPI), se debe recordar que, en dicho pronunciamiento, la Sala sancionó con una amonestación al proveedor bajo las siguientes consideraciones:
- “Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, y, en la medida que es la primera vez que este Colegiado sanciona a la denunciada por una infracción como la analizada en el presente caso, y, considerando que, no existe una posición homogénea respecto del tratamiento de la presente restricción a nivel internacional, esta Sala considera que corresponde imponer a Cinemark una amonestación.”* (subrayado agregado)
115. Como se desprende del citado pronunciamiento, en aquella ocasión, la Sala valoró: (i) que era la primera vez que se sancionaba a un proveedor por una



conducta similar; y, (ii) que no existía consenso a nivel internacional sobre la conducta infractora.

116. No obstante, en el presente caso, dichas consideraciones no resultan aplicables, dado que, en recientes pronunciamientos, esta Sala ha sancionado conductas similares que pudieron haber alertado al Altek para que adecúe sus políticas internas a favor de la protección de los consumidores.
117. A modo de ejemplo, se tiene que, mediante Resolución 0534-2019/SPC-INDECOPI del 27 de febrero de 2019, esta Sala confirmó la multa de 25 UIT impuesta a un proveedor por haber negado el ingreso de una persona transgénero a su establecimiento comercial, precisando -incluso- que hubiera correspondido una multa mayor de 50 UIT.
118. De igual forma, en este caso no se advierte que exista una falta de consenso a nivel internacional sobre la protección del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas transgénero. Por el contrario, en el acápite precedente se ha dejado constancia de la basta jurisprudencia de la CIDH y el pronunciamiento emitido por el propio Tribunal Constitucional a favor de la protección de las personas transgénero.
119. Inclusive, con relación al uso de los servicios higiénicos, se ha constatado que países como Chile y Estados Unidos han emitido pronunciamientos a favor de que las personas transgénero usen estos servicios según su identidad y no su sexo biológico.
120. Por ello, contrariamente a lo sucedido en el procedimiento concluido por Resolución 0243-2018/SPC-INDECOPI, en este procedimiento se ha demostrado que Altek contaba con suficiente información y oportunidades de ajustar su conducta al marco legal vigente y los recientes pronunciamientos de la Sala, así como tribunales internacionales, pero no lo hizo.
121. Ahora bien, continuando con el siguiente alegato expuesto por Altek referido a que no habría causado un daño ni efectos nocivos en el mercado, se advierte que el proveedor no se encuentra consciente de que los principales agentes económicos del mercado son los consumidores, entre los cuales se encuentra la parte denunciante, así como otras personas transgénero, quienes esperan legítimamente recibir un servicio y trato que no menoscabe sus derechos, mientras que, sucesos como la conducta infractora detectada, profundizan su desconfianza en el mercado.
122. Aunado a ello, queda claro que las verdaderas consecuencias de la infracción detectada (daño) no solo se limita a la negativa de Altek de permitirle el uso de los servicios higiénicos a la parte denunciante a partir del



19 de noviembre de 2019, sino que además soslayaron su dignidad y derecho a la igualdad, derechos que se encuentran reconocidos y protegidos a nivel constitucional y que merecen ser objeto de especial tutela por las instituciones del Estado.

123. Adicionalmente, la sanción a imponer debe ser proporcional a la gravedad de la conducta infractora y buscar desincentivar su ocurrencia en un futuro, sin que al proveedor le resulte más beneficio la continuidad de ese tipo de conductas que la sanción impuesta.
124. En conclusión, según las consideraciones previamente señaladas, esta Sala considera que corresponde sancionar a Altek con una multa de 50 UIT por incurrir en una práctica discriminatoria basada en la identidad de género de la parte denunciante.

Sobre las medidas correctivas

125. El artículo 114° del Código establece la facultad que tiene el Indecopi para dictar, a pedido de parte o de oficio, medidas correctivas reparadoras y complementarias a favor de los consumidores²⁸.
126. Según el artículo 115° del Código, la finalidad de las medidas correctivas reparadoras es resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa, mientras que las complementarias, señaladas en el artículo 116° del Código, tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que, en el futuro, esta se produzca nuevamente²⁹.

²⁸ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 114°.- Medidas correctivas.** Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias.

Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.

²⁹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 115°.- Medidas correctivas reparadoras.**

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

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

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

a. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.

b. Declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento.

c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas.

(...).



127. Dicho lo anterior, esta Sala considera pertinente dictar las siguientes medidas correctivas complementarias a fin de evitar que Altek incurra nuevamente en una infracción de los artículos 1º.1, literal d), y 38º del Código por los mismos hechos en el Centro Comercial:

- En el plazo de quince (15) días hábiles, Altek debe cumplir con brindar una capacitación sobre discriminación a todos los trabajadores que participen en los procesos de diseño y ejecución de las políticas comerciales de atención al cliente o tengan contacto directo con clientes por cualquier canal de atención.

La referida capacitación deberá enfocarse en el servicio de atención al cliente que brinda dicha empresa como proveedora en el mercado y reflejar el involucramiento de los principales directivos de la empresa (directores, gerentes, jefes o rangos similares) a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos trazados en las labores diarias del personal y la prevención de hechos como los denunciados. Para esto último, Altek debe adoptar mecanismos internos de supervisión a través de programas, protocolos, entre otros, que coadyuven a dicho fin.

Por último, se precisa que dicha capacitación deberá ser impartida por un tercero debidamente capacitado en temas de discriminación (por ejemplo, una institución especializada en derechos humanos) que deberá estructurar los contenidos a impartir en materia de discriminación en general y haciendo hincapié en la prohibición de discriminación por identidad de género (considerando los hechos del presente caso), así como contar con un mecanismo de registro de asistentes y una evaluación de los contenidos impartidos.

- En un plazo no mayor de quince (15) días hábiles de notificada la presente resolución, Altek debe cumplir con colocar de forma permanente y en un lugar visible y fácilmente accesible al público de los servicios higiénicos del Centro Comercial un cartel con el siguiente mensaje: *"En este establecimiento está prohibido discriminar a cualquier consumidor por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, edad o cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Si una persona advierte que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a formular el reclamo correspondiente, así como a denunciar este hecho ante el Indecopi."* Se precisa que el cartel deberá tener un tamaño mínimo de una hoja A4 y cada una de las letras del mensaje deberán tener un tamaño mínimo de 0.5 x 0.5 centímetros.

128. En atención a lo dispuesto en el artículo 37º de la Directiva 001-2021-COD-INDECOPI, Directiva única que regula los Procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor,



se informa a Altek que deberá presentar a la Comisión los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las 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 los artículos 117° y 118° del Código³⁰.

129. Asimismo, se informa a la parte denunciante que, en caso se produzca el incumplimiento del mandato, la Comisión debe actuar de oficio a fin de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad, sin perjuicio del derecho que les asiste de comunicar esa situación a dicha instancia, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva, conforme a lo establecido en el artículo 40° de la de la Directiva 001-2021-COD-INDECOPI, Directiva Única que regula los Procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código³¹.

Sobre las costas y costos

130. De conformidad con lo establecido por el artículo 7° del Decreto Legislativo 807, Ley Sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, la Comisión y la Sala pueden ordenar al infractor que asuma el pago de las costas y costos del procedimiento en que haya incurrido el denunciante³².

³⁰ **DIRECTIVA 001-2021-COD-INDECOPI, DIRECTIVA ÚNICA QUE REGULA LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PREVISTOS EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 37°.- Medidas correctivas, medidas cautelares o pago de costas del procedimiento**
En caso se ordenen medidas correctivas, medidas cautelares o el pago de las costas del procedimiento, la resolución debe 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 quedar expedita la facultad de la autoridad para imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en los artículos 117 y 118 del Código.

³¹ **DIRECTIVA 001-2021-COD-INDECOPI, DIRECTIVA ÚNICA QUE REGULA LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PREVISTOS EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 40°.- Incumplimiento y ejecución de medidas correctivas o cautelares**
40.1. Ante el incumplimiento de un mandato de medida correctiva o medida cautelar por el proveedor obligado, el órgano resolutorio que actúa como primera instancia en el procedimiento, debe actuar de oficio a fin de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad, sin perjuicio del derecho que tiene al administrado de comunicarle esa situación. En dicha comunicación, el beneficiado debe precisar el número de expediente y resolución que dispuso el mandato, además de especificar en qué consiste el incumplimiento en caso se trate de varios mandatos.
40.2. En caso el obligado no acredite el cumplimiento de algún mandato de medida correctiva o medida cautelar, el órgano resolutorio que actúa como primera instancia, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá otorgar al administrado obligado por el mandato un plazo adicional de dos (2) días hábiles para cumplir con el apercibimiento de comunicar el cumplimiento del mandato impuesto.
40.3. En caso el obligado no acredite el cumplimiento del mandato o se verifique el incumplimiento de la medida impuesta, el órgano resolutorio procede con la imposición de la multa coercitiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 del Código.
40.4. En aquellos casos en que el obligado apercibido acredite el cumplimiento del mandato, el órgano resolutorio debe comunicar tal hecho al beneficiado, quien, de considerar que persiste el incumplimiento, podrá solicitar el inicio de un procedimiento en vía de ejecución por incumplimiento de medidas correctivas o cautelares, previsto en el artículo 106 del Código, debiendo cumplir con realizar el pago del derecho de tramitación, conforme a lo establecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI.

³² **DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. Artículo 7°.-** En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la comisión o dirección competente, además de imponer la sanción que corresponda, puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y



131. El reembolso de las costas³³ y costos³⁴ en favor de la parte denunciante tiene por objeto devolverle los gastos que se vio obligada a realizar al acudir ante la Administración para denunciar un incumplimiento de la ley.
132. En tal sentido, se ordena a Altek que cumpla con pagar a la parte denunciante las costas y costos del procedimiento.
133. Finalmente, se informa a Altek que deberá presentar a la Comisión los medios probatorios que acrediten el cumplimiento del pago de las costas del procedimiento a favor de la parte denunciante en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo otorgado para tal fin, bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 118° del Código. De otro lado, se informa a la parte denunciante que –en caso se produzca el incumplimiento del mandato– podrán comunicarlo a la Comisión, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de pago de costas del procedimiento.

Sobre la inscripción en el RIS del Indecopi

134. De acuerdo con lo establecido en el artículo 119° del Código³⁵, 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, en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

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 o dirección del Indecopi puede aplicar las multas de acuerdo a los criterios previstos en el artículo 118° del Código de Protección y Defensa del Consumidor. 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 cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

³³ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL 010-93-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Artículo 410°.- Costas.

Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso.

³⁴ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL 010-93-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Artículo 411°.- Costos.

Son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.

³⁵ **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.



135. Por tanto, en la medida que se ha declarado fundada la denuncia contra Altek, corresponde ordenar su inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi por infracción de los artículos 1º.1, literal d), y 38º del Código.

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la Resolución 0097-2021/INDECOPI-CHT del 4 de junio de 2021, emitida por la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Áncash – Sede Chimbote, que declaró infundada la denuncia interpuesta por [REDACTED] con nombre social [REDACTED], contra Altek Trading S.A.C., por presunta infracción de los artículos 1º.1, literal d), y 38º del Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, en consecuencia, se declara fundada la misma. Ello, en tanto quedó acreditado que la denunciada discriminó a la parte denunciante por su identidad de género, al negarle el ingreso a los servicios higiénicos de mujeres del establecimiento comercial, indicándole que debía emplear los servicios higiénicos destinados para el uso de personas con discapacidad.

SEGUNDO: Sancionar a Altek Trading S.A.C. con una multa de 50 UIT por la infracción acreditada en el procedimiento.

Requerir a Altek Trading S.A.C. el cumplimiento espontáneo del pago de la multa bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 205º del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo 004-2019-JUS, precisándose además que los actuados serán remitidos a la Unidad de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento.

TERCERO: Ordenar a Altek Trading S.A.C., en calidad de medidas correctivas complementarias, que en el plazo de quince (15) días hábiles de notificada la presente resolución, cumpla con:

- Brindar una capacitación sobre discriminación a todos los trabajadores que participen en los procesos de diseño y ejecución de las políticas comerciales de atención al cliente o tengan contacto directo con clientes por cualquier canal de atención.

La referida capacitación deberá enfocarse en el servicio de atención al cliente que brinda dicha empresa como proveedora en el mercado y reflejar el involucramiento de los principales directivos de la empresa (directores, gerentes, jefes o rangos similares) a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos trazados en las labores diarias del personal y la prevención de hechos como los denunciados. Para esto último, Altek Trading S.A.C. debe adoptar mecanismos internos de



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

Por último, se precisa que dicha capacitación deberá ser impartida por un tercero debidamente capacitado en temas de discriminación (por ejemplo, una institución especializada en derechos humanos) que deberá estructurar los contenidos a impartir en materia de discriminación en general y haciendo hincapié en la prohibición de discriminación por identidad de género (considerando los hechos del presente caso), así como contar con un mecanismo de registro de asistentes y una evaluación de los contenidos impartidos.

- Colocar de forma permanente y en un lugar visible y fácilmente accesible al público de los servicios higiénicos del Centro Comercial "Megaplaza" un cartel con el siguiente mensaje: *"En este establecimiento está prohibido discriminar a cualquier consumidor por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, edad o cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Si una persona advierte que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a formular el reclamo correspondiente, así como a denunciar este hecho ante el Indecopi."* Se precisa que el cartel deberá tener un tamaño mínimo de una hoja A4 y cada una de las letras del mensaje deberán tener un tamaño mínimo de 0.5 x 0.5 centímetros.

CUARTO: Condenar a Altek Trading S.A.C. al pago de las costas y costos del procedimiento.

QUINTO: En atención a lo dispuesto en el artículo 37° de la Directiva 001-2021-COD-INDECOPI, Directiva única que regula los Procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, se informa a Altek Trading S.A.C. que deberá presentar a la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Áncash – Sede Chimbote los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas y el pago de las costas, 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 los artículos 117° y 118° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Finalmente, se informa a la parte denunciante que, en caso se produzca el incumplimiento de los mandatos, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Áncash – Sede Chimbote debe actuar de oficio a fin de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad, sin perjuicio del derecho que les asiste de comunicar esa situación a dicha instancia, la cual evaluará la imposición



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 0735-2022//SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0077-2019/CPC-INDECOPI-CHT

de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva, conforme a lo establecido en el artículo 40° de la de la Directiva 001-2021-COD-INDECOPI, Directiva Única que regula los Procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

SEXTO: Disponer la inscripción de Altek Trading S.A.C. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi por la infracción verificada en el presente procedimiento.

Con la intervención de los señores vocales Oswaldo del Carmen Hundskopf Exebio, Carmen Jacqueline Gavelán Díaz, Silvia Lorena Hooker Ortega y Ana Rosa Martinelli Montoya.



Firmado digitalmente por:
HUNDSKOPF EXEBIO Oswaldo Del
Carmen FAU 20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20.04.2022 13:16:04 -05:00

OSWALDO DEL CARMEN HUNDSKOPF EXEBIO
Vocal



Firmado digitalmente por: GAVELAN
DIAZ Carmen Jacqueline FAU
20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20.04.2022 08:08:43 -05:00

CARMEN JACQUELINE GAVELÁN DÍAZ
Vocal



Firmado digitalmente por HOOKER
ORTEGA Silvia Lorena FAU
20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 19.04.2022 10:06:01 -05:00

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vocal



Firmado digitalmente por:
MARTINELLI MONTOYA Ana Rosa
Cristina FAU 20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 18.04.2022 09:31:02 -05:00

ANA ROSA MARTINELLI MONTOYA
Vocal