

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe sobre la Resolución N° 1197-2014/SPC-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional
de Abogada

Autor:

Karla Lizet Gálvez Sánchez.

Asesor:

Rodrigo Delgado Capcha.

Lima, 2022

*A mis padres con todo mi amor y
a mis cinco favoritos, quienes me
ha impulsado en este camino.*



*En agradecimiento a Rodrigo,
por su tiempo brindado en cada
asesoría y por compartir sus
conocimientos. Gracias.*



RESUMEN

En el presente trabajo realizaré un análisis de la Resolución N° 1197-2014/SPC – INDECOPI, partiendo del objetivo de identificar los principales problemas jurídicos de dicha Resolución, para luego evaluarlos detenidamente y de forma crítica, para posteriormente formular una respuesta a dichos planteamientos.

La Resolución en cuestión versa respecto a un caso de discriminación en el consumo, por lo cual para elaborar un trabajo correctamente fundamentado emplearé referencias jurisprudenciales, doctrinales y normativa, dichas herramientas nos servirán para desarrollar un enfoque crítico respecto a la decisión que tomo la Sala de la Comisión de Protección al Consumidor en el presente caso.

Al ser un caso de discriminación en el consumo seguido ante INDECOPI se debe tener en cuenta lo siguiente: i) se debe identificar cuando se configura un caso de discriminación, ello respecto a la relación que se establece entre un consumidor y un proveedor; ii) si la carga de la prueba se presenta como en otros casos de protección al consumidor o no; y iii) cual es la sanción y medidas correctivas que se establecen para dichos casos.

Los puntos señalados son grandes referentes para el análisis de la Resolución, además que nos permiten seguir un orden que parte de lo general a lo específico, lo cual concluiría en una correcta comprensión del caso en cuestión y de cómo ha sido abordado por la Sala.

Palabras claves:

Consumidor, discriminación, transgénero, prueba y sanción.

ABSTRACT

In the present project an analysis of the Resolution N° 1197-2014/SPC – INDECOPI is made, starting with the objective to identify the main juridical issues of this Resolution. Then it is evaluated in a carefully and critical way. After that, it is formulating an answer to those approaches.

This Resolution deals about a consumption discrimination case, therefore to elaborate a correctly substantiated work jurisprudential, doctrinal and normative references have been used which serve to develop the critical approach about the decision taken by of the Consumer Protection Commission Chamber.

As a case of consumption discrimination followed by INDECOPI, the following must be considered: i) it must be identified when a discrimination case is set up about the relation established between consumer and supplier; ii) if the burden of the proof is presented as other consumer protection cases or not; and iii) what is the sanction and corrective measures for these cases.

The indicated points are some of the biggest references for the Resolution analysis. In addition, this aloe us to follow an order from general to specific which would conclude in a correct understanding of the case and how it has been approached by the Chamber.

Keywords:

discrimination, transgender, proof and saction.

ÍNDICE

Introducción:	6
Justificación:	7
Hechos de la Resolución:	8
Capítulo I: Los casos en los que se establece un pago mayor a una persona transgénero para ingresar a un establecimiento y su relación con la prohibición de discriminación en el consumo:	12
1.1. La prohibición de discriminación en el consumo:	12
1.2. La base constitucional y legal sobre la identidad de género frente a los actos de discriminación:	15
1.3. El trato que se le brinda a los actos contra la identidad de género en el Perú, partiendo de su relación con la prohibición de discriminación en el consumo:	18
1.4. El establecer un pago mayor a una persona transgénero para el ingreso a un establecimiento podría configurar un acto de discriminación en el consumo:	19
Capítulo II: Como se logra probar la prohibición de discriminación en el consumo cuando se establece un pago mayor para el ingreso a un establecimiento:	20
2.1. Los criterios que se deben identificar para comprobar los actos de discriminación en el consumo:	20
2.2. Los criterios probatorios de discriminación en el consumo se presentan en el presente caso, en el cual se establece el pago mayor al real para otorgarle el ingreso a un establecimiento a una persona transgénero:	23
Capítulo III: La sanción y medida correctiva adecuada frente a los casos de discriminación por identidad de género al establecer tarifas para el ingreso a un establecimiento:	24
3.1. Los parámetros que se siguen a fin de establecer sanciones en el caso de discriminación en el consumo por identidad de género:	24
3.2. La sanción establecida por la Sala de Protección al Consumidor respecto al presente caso:	27
3.3. Consideraciones para establecer medidas correctivas en el caso de discriminación en el consumo por identidad de género:	29
3.4. La medida correctiva establecida por la Sala de Protección al Consumidor en razón al caso en cuestión:	31
Conclusiones Generales:	34
Recomendaciones:	36
Bibliografía:	36

Introducción:

En la actualidad constantemente estamos estableciendo y celebrando relaciones de consumo, las cuales por lo general se conforman por un consumidor y un proveedor, dichas relaciones se encuentran salvaguardadas por una base normativa, principalmente los lineamientos que se encuentran contemplados en el Código de Protección al Consumidor.

Para efectos del presente informe nos centraremos en el alcance del artículo 38 de dicho Código, el cual aborda la prohibición de discriminación en el consumo, ello partiendo del análisis de la Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI Arbulú – Discoteca Gótica. Con ello, el principal problema que identificamos es demostrar si en dicho caso se estuvo frente a un caso de discriminación en el consumo.

Asimismo, el objetivo del presente trabajo, es que en línea con resolver el problema planteado se desarrolle a mayor detalle los siguientes puntos: i) a que nos referimos al mencionar discriminación en el consumo, ii) cual es la base legal y constitucional, iii) cuales son los supuestos que se deben considerar en los casos de discriminación en el consumo, iv) como se maneja la carga de la prueba en dichos caso, y v) cuales son las sanciones que la autoridad atribuye a los proveedores que cometen dichos actos de discriminación.

Los métodos que se emplearan a lo largo del presente informe se centran en consultar distintas fuentes, siendo estas normativas, doctrinales y jurisprudenciales. A la vez, dichas fuentes se emplearán en la casuística, porque se aplicarán a los hechos que conforman el caso de la Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI Arbulú – Discoteca Gótica.

Justificación:

La elección de la presente resolución se sustenta en tres puntos principales, siendo el primero que nos encontramos frente a un caso que versa sobre la materia de discriminación en el consumo, la cual se encuentra regulada en el artículo 38 del Código de Protección al Consumidor, pero que deriva del derecho humano a no ser discriminado, derecho que poseen todas las personas sin distinción. En primer punto, la resolución es más interesante cuando identificamos que la discusión versa respecto a la protección de derechos como consumidor de una persona transexual. Es decir, perteneciente a la comunidad LGBT, grupo que consideramos vulnerable debido a que han sido víctimas de discriminación, y que en los últimos años han venido luchando constantemente por un reconocimiento igualitario de sus derechos.

El segundo punto, el cual abordaremos a mayor detalle en el desarrollo del presente trabajo, es que nos encontramos frente a un razonamiento de gran envergadura y que en su momento cambio la forma de abordar casos similares, y ello es debido a que la Sala de Protección al Consumidor, órgano con competencia a nivel nacional, reconoce la existencia de actos de discriminación al consumo basados en la identidad de género del consumidor; pero no solo ello, sino que sanciona el actuar del proveedor con una multa considerable para ese entonces. La manera en la que resolvió la Sala marca un antes y un después respecto a posteriores casos que se presenten por la misma materia, con lo cual, ya no cabría duda de que si a una persona transgénero se le niega el ingreso a un establecimiento estamos frente a un supuesto de discriminación en el consumo.

Como tercer punto, el análisis de la resolución es enriquecedor por cómo se aborda el tema de la valoración de la prueba, referente importante para efectos del caso, ello porque en la materia en cuestión, es decir los actos de discriminación, se consideraba que para reconocer que existió discriminación, deberíamos estar frente a una conducta de negativa de ingreso al establecimiento por parte del proveedor. Esta postura cambia con el presente caso, el cual demuestra que, cuando hablamos de actos de discriminación, lo que se debe demostrar es la existencia de un trato diferenciado que puede adoptar distintas formas, pero que se da en base a un motivo prohibido, siendo el que refiere la resolución la identidad de género del consumidor.

En ese sentido, hemos justificado las razones que guían nuestra motivación a fin de realizar el presente informe, con lo cual tenemos como objetivo el poder reforzar nuestros propios conocimientos, así como también aportar a la comunidad jurídica.

Hechos de la Resolución:

1. El 2 de mayo de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur (en adelante, la Secretaría Técnica), inició un procedimiento de oficio contra Gothic Entertainment S.A. Discoteca Gótica (en adelante, Discoteca Gótica o denunciado), el cual fue consignado en el Expediente N° 847-2012/CPC, por la presunta infracción de los artículos 1°, 1, literal c), 38°, 1 y 38°.3 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), toda vez que habría incurrido en prácticas discriminatorias al aplicar una política de selección de clientela en el acceso a la Discoteca Gótica, y con ello impidiendo el ingreso de la Srta. Godfrey Arbulú Grippa¹ (en adelante, Srta. Arbulú o la denunciante), hecho que se dio pese a que la denunciante se encontraba en la lista de invitados.

La Sala conoció los hechos debido a que se difundieron en el programa La Noche es Mía, del canal Frecuencia Latina, y fueron considerados como indicios que sustentaron el inicio del procedimiento de oficio.

2. El 30 de mayo del 2012, la Srta. Arbulú interpuso una denuncia contra la Discoteca Gótica, a la cual se le asignó el Expediente N° 1073-2012/CPC, y por medio de la cual argumentaba lo siguiente:
 - i. El 27 de abril de 2012, acudió a la Discoteca Gótica debido a que tomó conocimiento de que en dicho local se llevaría a cabo el evento “Lima Fashion Week”, al cual asistió en calidad de invitada, junto a (2) dos amigos el Sr. Jorge Andrés Tokeshi Kamida (en adelante, Sr. Tokeshi) y la Sra. Carla Daniela Martínez Vargas (en adelante, Sra. Martínez), con quienes se encontraba registrada en la lista del Sr. Diego Luna Vilches (en adelante, Sr. Luna).

¹ Registrado en su Documento Nacional de Identidad bajo el género masculino, no obstante, conforme al derecho de identidad de género, que desarrollados en nuestro primer capítulo, al ser una mujer transexual que se identifica con el género femenino, nos corresponde dirigirnos a ella como la Srta. Godfrey Arbulú Grippa, siendo este su nombre social.

- ii. Al llegar a la puerta de ingreso para los invitados, un miembro de seguridad de la Discoteca Gótica le solicitó su Documento Nacional de Identidad (DNI), y le informó que no podía ingresar, debido a que ya habían ingresado el máximo de personas que se permitían por lista. Asimismo, la Srta. Arbulú indicó que tomó conocimiento de que un miembro de la seguridad de la Discoteca Gótica le increpó al Sr. Luna el hecho de haber consignado en su lista a una persona travesti.
- iii. Dado que no le permitieron el ingreso como invitada, la Srta. Arbulú, procedió a preguntarle a un segundo miembro de seguridad cuál sería el costo para ingresar a la Discoteca, a lo que este respondió que ascendía a S/. 100.00 cuando se era invitado de algún socio.
- iv. Por otro lado, consultando la misma información a un tercer miembro de la seguridad de la Discoteca Gótica, este le informó que la entrada ascendía a S/. 200.00, duplicándole sin razón aparente el precio informado inicialmente. No obstante, pese a que personal de la Discoteca Gótica brindaba esos precios, en la página web del establecimiento el costo habitual que se registraba era el de S/. 50.00.
- v. Cuando la Srta. Arbulú mostró interés por pagar por la entrada a la Discoteca Gótica, los agentes de seguridad le indicaron que debía esperar a que culminara el evento que se venía dando dentro de la discoteca. La situación descrita cambió cuando el personal se dio cuenta de que la Srta. Arbulú se encontraba grabando la situación que ocurría y le permitieron el acceso a la caja para cancelar el monto de la entrada.
- vi. La Srta. Arbulú le solicitó a su acompañante, la Sra. Martínez, que consulte en caja por el precio de la entrada a la discoteca, respecto a lo cual recibió por respuesta que era S/. 200. 00, ello pese a que en un inicio informaron que la entrada era tenía un costo de S/. 100.00.

3. El 18 de junio de 2012, la Secretaría Técnica por medio de la Resolución 1 admitió la denuncia de la Srta. Arbulú, imputando como presunta infracción los Art. 1°, 1, literal d), 38°. 1 y 38°. 3 del Código, debido a que: la Discoteca Gótica le impidió el acceso a su establecimiento, hecho que carecería de motivación objetivas y razonables, pese a que la Srta. Arbulú contaba con

invitación por parte de uno de los promotores del evento, que se venía desarrollando al interior de las instalaciones de la discoteca.

4. La Discoteca Gótica presento sus descargos, e indicó lo siguiente:
 - i. Expuso la modalidad que empleaban para el ingreso a la Discoteca, la cual consistía en la conformación de tres (3) tipos de filas, cada una con distintas características y requerimientos.
 - ii. Señalaron, que la denunciante reclamaba insistentemente se le permita el acceso por la fila de socios, pero que ella no era uno de ellos, ni se encontraba acompañada por uno de ellos, motivo por le negaron el ingreso.
 - iii. Alegaron que no era cierto que el Sr. Luna hubiese registrado a la denunciante en su lista de invitados.
 - iv. Por último, refirió que se le permitió el ingreso a la Srta. Arbulú, quien no quiso pagar la entrada, pero que no existió una interrupción en su ingreso.

5. El 31 de julio de 2013, por medio de la Resolución 715-2013/CC1, la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, Comisión), emitió el siguiente pronunciamiento:
 - i. Declaró fundado el procedimiento iniciado de oficio y también de parte que se iniciaron en contra de la Discoteca Gótica, por la infracción de los Art. 1º, 1, literal d), 38º. 1 y 38º. 3 del Código, debido a que se acreditó que se habría incurrido en una práctica discriminatoria al condicionar el ingreso de la denunciante, a las instalaciones de la Discoteca Gótica, al pago de una suma mayor a la requerida al público general, debido a su condición de transgénero.
 - ii. Sancionó a la Discoteca Gótica con una multa de 100 UIT.

6. El 12 de agosto de 2012, la Discoteca Gótica apeló la Resolución 715-2013/CC1, indicando lo siguiente:
 - i. Se había desestimado la declaración jurada del Sr. Luna donde señala que es falso que la Srta. Arbulú haya sido su invitada.

- ii. El precio de la entrada no había sido materia de un análisis profundo durante el procedimiento y ello limitó que la parte denunciada tenga oportunidad para ejercer defensa sobre el particular.
- iii. Los agentes de seguridad se limitaron a realizar su trabajo, que la responsable de cobrar las entradas era la persona que se encontraba en caja.
- iv. La información proporcionada por los miembros de seguridad referente al precio de la entrada, se encontraba acorde con la suma que se cobraba para el respectivo ingreso.
- v. No era cierto que se produjo un alza arbitraria del precio de la entrada a la Discoteca Gótica, pues los precios se encontraban diferenciados de acuerdo al área de sus instalaciones donde se solicitaba ingresar (general o Vip).
- vi. No se acreditó, que a la Discoteca le haya solicitado a la Srta. Arbulú un pago mayor al normalmente establecido, pues la Srta. Arbulú no se acercó a la caja con la intención de pagar su entrada, sino únicamente para tomarse una foto dentro de sus instalaciones.
- vii. No era cierto que no se habría justificado la demora en permitirle a la parte denunciante acceder a la caja, pues esta se produjo por una causa atribuible al consumidor, quien no se decidía a pagar el precio de la entrada.
- viii. Prueba de que no se incurrió en una práctica discriminatoria, era que se le brindó el mismo trato a la Srta. Arbulú como a sus acompañantes, quienes también dudaban en pagar la entrada al no encontrarse en la lista de invitados.
- ix. No se encontraba acreditado, que enviaron mensajes insultando a la parte denunciante.
- x. No era cierto que su defensa habría carecido de buena fe procedimental, cuando menciona que el costo de la entrada ascendía a S/. 200.00., siendo el precio real S/. 50.00., toda vez que durante el procedimiento el extremo pertinente al precio de la entrada a la discoteca careció de un análisis profundo.

7. El 10 de abril de 2014, la Sala Especializada en Protección al Consumidor confirmó la Resolución 715-2013/CC1 respecto a los siguientes extremos: i) encontrar responsable a la Discoteca Gótica por infracción a los artículos 1°.1, literal d), 38°.1 y 38°, 3 del Código de Protección y Defensa al Consumidor; ii) ordenar medidas correctivas a la Discoteca Gótica.

No obstante, decidió revocar el extremo que estableció la sanción, otorgándole a la Discoteca Gótica una sanción de 50 UIT.

Capítulo I: Los casos en los que se establece un pago mayor a una persona transgénero para ingresar a un establecimiento y su relación con la prohibición de discriminación en el consumo:

1.1. La prohibición de discriminación en el consumo:

En nuestro país el sistema económico que desarrollamos es el de una economía social de mercado, modelo que se encuentra respaldado por el Art. 58 de la Constitución Política del Perú, el cual estipula lo siguiente:

“Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

Con el artículo citado comprendemos que se favorece la iniciativa privada, la cual tiene como finalidad de desarrollar una economía social del mercado, frente a lo cual el Estado interviene como regulador, lo cual beneficia el desarrollo del mercado, la libre competencia y la protección de los consumidores. Porque, cuando nos referimos a que el Estado cumple un rol regulador, nos referimos a que orienta y favorece la conducta de los agentes del mercado, por medio de regulación y herramientas normativas.

En ese sentido, la sociedad ofrece un espacio económico común a distintos agentes (consumidores y proveedores) para que estos confluyan con sus intereses, necesidades y aportes particulares, en torno al objetivo general de generar bienestar a través del intercambio, y con ello originar la creación de distintas relaciones entre

los miembros de la sociedad, que generarán transacciones sobre bienes y servicios (Thorne, 2010, p. 62). Estas relaciones son reguladas por el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante CPC) – Ley N° 29571, siendo dicho dispositivo su principal fuente normativa.

En línea con lo que se viene desarrollando y para efectos del presente punto, si buscamos comprender mejor a que nos referimos cuando hablamos de la discriminación en el consumo, debemos remitirnos al Art. 38 del CPC, numeral 1, ya que es en dicho apartado se establece una prohibición dirigida a los proveedores:

“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. (...)”

En el artículo citado, se hace referencia a una relación de consumo, dentro de la cual queda prohibido todo acto de discriminación, sin embargo, dicha prohibición no se limita a la relación, sino que está tiene efectos incluso en las etapas preliminares a establecerse la relación, es decir antes de haberse celebrado la transacción (Delgado, 2020, p. 12). Lo antes referido también se comprende de la lectura del Artículo III del CPC, ya que es dicho artículo el que establece el alcance del CPC.

Por lo tanto, en los casos de protección al consumidor se puede decir que, no solo se protege de posibles actos de discriminación contra los consumidores en las relaciones de consumo, sino también se salvaguardan momentos previos con el objetivo de no dejar en evidente desprotección a un posible consumidor, el Artículo III del CPC recoge lo siguiente:

“Artículo III.- Ámbito de aplicación

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

En ese sentido, entonces entendemos que en razón del modelo de economía de mercado que se desarrolla en nuestro país, se suelen entablar relaciones de consumo, las cuales están conformadas por consumidores y proveedores. Asimismo, producto de dicha relación existe una prohibición de no discriminación dirigida a los proveedores, la cual busca proteger y salvaguardar los derechos de los consumidores.

No obstante, se debe recordar que dicha prohibición es aplicable incluso en etapas preliminares, momento previo en el cual el consumidor y proveedor aún no han celebrado la transacción.

Por ello, es importante conocer cuáles son los supuestos que configuran los casos de discriminación en el consumo. En esa línea, respaldamos la postura de Rodrigo Delgado, quien partiendo de un análisis de la jurisprudencia de la Sala Especializada en Protección al Consumidor establece tres supuestos, que consideramos serían los elementos representativos cuando se está frente a un caso de discriminación, y estos son: i) identificar el trato diferenciado; ii) que se carece de causas objetivas y justificadas; y iii) la pertenencia a un grupo históricamente discriminado. (2020, pp. 31 y 32).

Los supuestos establecidos deben presentarse de manera simultánea y obligatoria, siendo este un requerimiento importante, porque son los que nos permitirían distinguir los casos de discriminación de cualquier otro. Por ello, de acuerdo a el primer supuesto, se deberá identificar que el proveedor realiza o permite, que su personal, dirija un comportamiento diferente a un consumidor o grupo determinado de consumidores, ello en comparación al resto de consumidores, que optan por acceder a un mismo producto o servicio.

Lo antes mencionado, se relaciona con el segundo supuesto, porque dicho trato diferenciado que brinda el proveedor carezca de una justificación objetiva. Por

último, y en relación al tercer supuesto, es que la forma de actuar del proveedor deba ir dirigida a un consumidor o grupo de consumidores, pero no cualquiera, sino que el receptor del trato diferenciado debe pertenecer a un grupo que históricamente ha sido discriminado, ya sea por prejuicios, por ideología, clases sociales, jerarquías sociales, etc.

Por tanto, si se cumplen con los tres supuestos referidos se esta frente a un caso de discriminación en el consumo, desde nuestra perspectiva es el tercer supuesto el que le otorga mayor diferenciación a este tipo de casos, pero con ello no queremos decir que bastará con que este se cumpla, deben ser los tres que deriven de la conducta del proveedor.

1.2. La base constitucional y legal sobre la identidad de género frente a los actos de discriminación:

Los actos de discriminación se alinean con la vulneración del principio de igualdad. Con ello, no queremos decir que siempre que se encuentre ante una afectación al principio de igualdad es debido a que se trata de actos de discriminación. Por tanto, para saber cuándo estamos frente actos de discriminación es necesario traer a colación al numeral 13, de la Observación General N° 20 de las Naciones Unidas – Referente a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Dicho numeral menciona:

“13. Todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo.”

Por ende, lo que diferencia a los actos de discriminación, no es meramente la afectación que se da al principio de igualdad, lo cual también es relevante, solo que su principal característica es que se *refieren a un trato diferencial basado en motivos prohibidos*. Para conocer cuáles son dichos motivos debemos recurrir al Art. 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que contempla:

“Artículo 2:

(...)

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

(...)”

Cabe señalar que el listado recogido por el Art. 2.2, antes citado, no es finito, y que se pueden ir incluyendo o considerando otras categorías, las cuales serían protegidas a fin de que no sean afectadas por actos de discriminación.

Para comprender a qué nos referimos cuando hablamos de identidad de género, tomaremos el concepto planteado en la Opinión Consultiva OC-24/17 – Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, que nos establece la siguiente definición:

*“f) **Identidad de Género:** La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– 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. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto - identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos. (2017, p 16)”*

Podemos comprender que la identidad de género es un aspecto interno, básicamente hace referencia al género con el cual la persona se identifica, es posible que este sea el mismo que se le asignó al nacer o sea el opuesto, e incluso

se podría identificar con ambos géneros. La identidad de género se origina en el fuero interno de la persona, por ello, cada caso puede ser distinto.

Para efectos del presente informe, debemos comprender a quienes se les podría considerar como personas transgénero o persona trans, para lo cual recurriremos a el dispositivo normativo antes señalado, siendo el que nos proporciona la siguiente definición:

“Transgénero o persona trans: Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. (...) (2017, p 17)”

Con lo desarrollado, entendemos que las personas transgénero son aquellas que no se identifican con el género que se les ha asignado a nacer, por tanto, se identifican con el género opuesto. Y tal como comentábamos, la identidad de género es una categoría protegida y configura un motivo prohibido si se presenta un acto de discriminación basado en dicha condición, esto de acuerdo a la Opinión Consultiva OC-24/17 – Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, que en su numeral 78 refiere:

*“78. (...) la Corte Interamericana deja establecido que **la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención.** Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género 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, su identidad de género y/o su expresión de género (2017; p. 41).”

Los instrumentos normativos internacionales citados, cobran relevancia en nuestro contexto nacional cuando traemos acotación el Art. 2.2. de la Constitución Política del Perú, cuando establece que:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

(...)”

Con lo ya desarrollado, podemos decir que la categoría de identidad de género para efecto de nuestra normativa nacional se encontraría inmersa dentro de la parte final del Art. 2, numeral 2 de nuestra Constitución, cuando se menciona: ... *cualquier otra índole*, y, con ello, también se exigiría el trato igualitario a la categoría de identidad de género, protegiéndola de cualquier acto de discriminación.

1.3. El trato que se le brinda a los actos contra la identidad de género en el Perú, partiendo de su relación con la prohibición de discriminación en el consumo:

En línea con los apartados anteriores, se aprecia que la categoría de identidad de género se encuentra protegida por instrumentos normativos supranacionales, lo cual es recogido por nuestro sistema en el Art. 2, numeral 2 de nuestra Constitución

Ahora, como hemos señalado, existe una prohibición de discriminación en el consumo, que se encuentra recogida en el Art. 38, numeral 1 del CPC, dispositivo legal que tiene gran relación con el artículo antes señalado de nuestra Constitución.

Lo que se busca decir es que mientras el Art. 38, numeral 1 del CPC señale lo siguiente:

“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. (...)”

Lo que se buscará sancionar es un acto de discriminación originado por identidad de género, ya que si bien, no reconoce explícitamente el término en el Art. 38.1., dicha clasificación puede calzar sin ningún problema en la parte que refiere a “cualquier índole”. Lo argumentado, se encuentra reforzado por la Resolución N.º 1197-2014/SPC-INDECOPI, cuando señala:

“Al prohibir la discriminación “de cualquier otra índole”, se incorpora tanto a la orientación sexual como a la identidad de género como categorías protegidas de actos discriminatorios. En tal sentido, el Código también protege a homosexuales (gays y lesbianas), bisexuales y personas transgénero frente a la discriminación en el consumo.”

Por lo tanto, cualquier acto de diferenciación que realice un proveedor, partiendo de la categoría protegida de identidad de género, podrá ser considerado como un acto discriminatorio que afecta la prohibición de discriminación regulada por el CPC.

1.4. El establecer un pago mayor a una persona transgénero para el ingreso a un establecimiento podría configurar un acto de discriminación en el consumo:

A continuación, procederemos analizar si el establecer un pago mayor a una persona transgénero, es decir cobrarle más allá de lo ordinario, de lo que se les cobra a los demás consumidores para el ingreso a un establecimiento, es un acto de discriminación en el consumo.

Partiendo de los hechos detallados inicialmente, la denunciante alega que se le dificultó el ingreso a la Discoteca Gótica, pese a que ella se encontraba en la lista de invitados. Además, que cuando ella tuvo la voluntad de pagar su entrada, evidenció que la información que le brindaba el personal de la Discoteca variaba, ya que en un inicio le informaron que el costo para ingresar era de S/. 100.00, pero luego le

comentaron que el pago para ingresar ascendía a S/. 200.00, siendo que los montos informados no coincidían la información que la Discoteca Gótica mostraba en su página web, en la cual se registraba el precio de S/. 50.00. para ingresar al local.

Por el contrario, la defensa de la Discoteca Gótica alegó que los precios variaban según la zona del local a la que se accedía (general o Vip). Asimismo, indico que la Srta. Arbulú nunca se encontró en la lista de invitados, y pese a que se le informó del monto que le correspondía pagar para ingresar, ella decidió no comprar su entrada, si bien se le concedió el ingreso a caja únicamente ingresó y se tomó una fotografía.

En ese sentido, corresponde decir que el establecer un pago mayor a lo ordinarios a una persona transgénero, para su ingreso a un establecimiento, sí configuraría un caso de discriminación en el consumo. Pero siempre y cuando cumpla con los supuestos necesarios, es decir:

a) que durante el ingreso del consumidor al establecimiento se evidencie un trato diferenciado por parte del proveedor o el personal, el cual no solo debe corresponder a la restricción del ingreso, sino también, cuando el precio que se establece para la compra de la entrada es mayor a comparación de los otros consumidores.

b) que el trato diferenciado dirigido al consumidor, para efectos de evitar su ingreso, carezca de justificación objetiva. Por ejemplo, se tiene una justificación objetiva cuando el precio de la entrada es mayor pero debido a que con dicha entrada se accede a una zona exclusiva del establecimiento, o cuando por la compra de la entrada incluye otros insumos (bebidas, comida, etc.)

c) también se debe identificar que, el consumidor afectado pertenezca a una categoría protegida, es decir un grupo históricamente discriminado, es decir que le establece un trato diferenciado por su identidad u orientación de género, sexo, raza, ideología, etc.

Por lo tanto, en los casos en los cuales que se considere estar frente al supuesto de discriminación en el consumo, debido a que se establece un pago mayor para el ingreso a un establecimiento, se deberá corroborar que se cumplan los supuestos antes expuestos de manera simultanea y obligatoria.

Capítulo II: Como se logra probar la prohibición de discriminación en el consumo cuando se establece un pago mayor para el ingreso a un establecimiento:

2.1. Los criterios que se deben identificar para comprobar los actos de discriminación en el consumo:

En el primer capítulo se abordó la normativa que se aplica a los casos de discriminación en el consumo, el origen de dicha prohibición, a quiénes se buscaba proteger y los supuestos que se deben identificar a fin de poder comprobar si se esta frente a un potencial caso.

Ahora, continuando con el desarrollo del presente informe, en el presente apartado buscamos desarrollar como se aplica la carga de la prueba en los casos de discriminación en el consumo, para lo cual debemos remitirnos al Código, siendo más exactos al Art. 39, el cual estipula lo siguiente:

“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.”

De la interpretación del artículo citado podemos decir que la carga de la prueba en los casos de discriminación en el consumo es compartida, básicamente se les otorga tanto al consumidor y proveedor responsabilidad respecto a los medios probatorios que van a emplear.

En primer lugar, el consumidor al interponer una denuncia tiene que probar que se ha dado la existencia de un trato diferenciado por parte del proveedor. En segundo lugar, es el proveedor quien asumiría el rol de demostrar que el trato diferenciado se sustento en causas objetivas y justificadas. Por último, si el extremo antes mencionado llegará a ser demostrado, le corresponde nuevamente al consumidor evidenciar que son meros pretextos que encubren prácticas discriminatorias por parte del proveedor.

Consideramos que la carga de la prueba en este tipo de casos es dinámica, debido a que, tanto el consumidor como el proveedor, respecto a diferentes situaciones, se pueden encontrar en mejor posición de probar los hechos. Es decir, quién mejor que el consumidor para acreditar que se configuro un trato diferenciado en su contra, y quien mejor que el proveedor para exponer que su actuar se sostenía guiado de causas objetivas.

Asimismo, debemos comentar que si volvemos a leer el Art. 39 nos encontramos con el siguiente enunciado: ... *Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado.* De dicha parte del artículo se comprende que, para demostrar el trato diferenciado, no se requiere que el consumidor, quien denuncia, pertenezca a un grupo determinado, lo cual podemos comprender como un grupo protegido.

No obstante, con lo antes referido vemos que el consumidor no tiene la obligatoriedad de acreditar que se ha dado un acto de discriminación, o como lo establece la doctrina; el *plus probatorio* el cual no es exigible al denunciante de discriminación en el consumo.

La característica descrita se puede estar justificando en tres principales razones, las cuales serían: a) el hacer exigible que se pruebe la discriminación como tal, conllevaría una carga de la prueba muy difícil para el consumidor, lo cual lo podría desincentivar a denunciar; b) con dicha característica se traslada la carga de la prueba también al proveedor, ya que es quien puede demostrar que el trato diferenciado se encuentra justificado en causas objetivas; y c) además que con ella se demuestra una similitud a otros sistemas jurídicos, que también reconocen que el

probar un acto de discriminación es complicado, pero no quieren dejar sin protección a los denunciantes (Delgado, 2017, pp. 201 y 202).

Con lo expuesto, dejamos en claro que la redacción del Art. 39 busca otorgarle al consumidor únicamente la carga de demostrar el trato diferenciado, ya posteriormente con la carga de la prueba que le correspondería al proveedor se podría dilucidar la duda de si existe o no un acto de discriminación en el consumo.

2.2. Los criterios probatorios de discriminación en el consumo se presentan en el presente caso, en el cual se establece el pago mayor al real para otorgarle el ingreso a un establecimiento a una persona transgénero:

En el caso de la Srta. Arbulú nos correspondería analizar en que se sustentó la carga de la prueba, y si dichos medios probatorios habrían sido suficientes para demostrar o no que se estaba frente a un acto de discriminación en el consumo.

En primer lugar, la denunciante alegó que se le habría dado un trato diferenciado cuando no la dejaron ingresar a la Discoteca Gótica, pese a que ella se encontraba en la lista de invitados. Respecto a dicho punto la denunciada negó que la Srta. Arbulú se encontrará en la lista de invitados del Sr. Luna y que pese a que se le brindó el acceso a caja ella no compró entrada para acceder.

La Srta. Arbulú presentó pruebas, tanto en documentación como grabaciones, en las cuales se evidenciaba que el personal de la Discoteca Gótica no solo variaba el precio de la entrada en dos oportunidades, en las cuales le brindan la información, sino que los precios eran mayores y no coincidían uno con el otro.

Posterior a dichos acontecimientos, la Srta. Arbulú comenta que decidió no adquirir la entrada, debido a que, en un principio le dijeron que el costo era de S/. 100.00, posteriormente S/. 200.00, y luego cuando revisó la página web se registraba que el costo era de S/. 50.00.

En segundo lugar, respecto a la carga de la prueba de la Discoteca Gótica, la denunciada expuso que el precio de la entrada variaba en razón a la zona a la cual

se dirigiría (Vip o general), pero no se logró corroborar que dicha información fue proporcionada a la denunciante. En ese sentido, pese a que la Discoteca Gótica se encontraba en una mejor posición para demostrar que la información del costo de la entrada era la correcta, no lo hizo, solo se limitó a las declaraciones de su personal.

Asimismo, si bien la Discoteca Gótica señalaba que la información de los costos era real, en su página web se consignaba otro precio respecto a la entrada para público general la cual ascendía a S/. 50. 00 soles, monto que en ninguna de las ocasiones que la denunciante consulto, se le menciono.

Por último, debido a que la Discoteca Gótica no logró acreditar que le estableció un precio mayor a la Srta. Arbulú debido a una causa objetiva y justificada. No le fue necesario a la denunciante demostrar que el comportamiento de la denunciada era una simulación para encubrir practicas discriminatorias, porque, el trato diferenciado ya estaba acreditado y el proveedor no había podido demostrar lo contrario.

Por lo tanto, podemos decir que la carga probatoria ha demostrado que sí se estaba frente a un acto de discriminación en el consumo, ello toda vez que el personal de la Discoteca Gótica le estableció un precio superior al ordinario a la Srta. Arbulú, lo cual restringió su ingreso. Si bien la negatoria no se dio de manera directa, el personal no le proporcionaba la información real del precio de la entrada y cada vez que ella consultaba por el precio, el personal le establecía un costo más alto.

Capítulo III: La sanción y medida correctiva adecuada frente a los casos de discriminación por identidad de género al establecer tarifas para el ingreso a un establecimiento:

3.1. Los parámetros que se siguen a fin de establecer sanciones en el caso de discriminación en el consumo por identidad de género:

En el segundo capítulo se abordó el tema de la carga probatoria respecto a los casos de discriminación en el consumo, ahora continuando con el desarrollo del presente informe abordaremos las sanciones que se aplican para efectos de dichos casos.

Para iniciar, debemos comprender lo siguiente: la Administración Pública cuenta con un mecanismo para expresar o materializar su potestad sancionadora, y es a través de la imposición de sanciones administrativas (multas pecuniarias, cierre de locales, suspensión de autorización, entre otros). (Gómez, Isla & Mejía, s. f, p. 136).

En ese sentido, como INDECOPI pertenece a la Administración Pública sus órganos cuenta con la facultad de otorgar sanciones a los infractores. En los casos referentes a las relaciones entre consumidores y proveedores, las autoridades encargadas se encuentran en la Comisión y la Sala de defensa y protección al consumidor, respectivamente.

Conforme a lo antes señalado, la potestad sancionadora de los órganos resolutivos en materia de protección al consumidor la establece, detalladamente el Art. 110 del CPC, el cual estipula lo siguiente:

“Artículo 110.- Sanciones administrativas:

El órgano resolutivo puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

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

La finalidad de imponer sanciones no culmina en el mero hecho de sancionar la conducta, sino también busca que no se vuelva a reincidir en la misma, de tal manera que los proveedores puedan guardar un correcto actuar en sus relaciones de consumo.

Por ello, coincidimos al atribuirle los siguientes dos objetivos a la potestad sancionadora, los cuales son: Primero, disuasivo, pues procura evitar que se sigan cometiendo en el futuro conductas como la sancionada, ya sea por el infractor o por terceros. Segundo, correctivo, pues suspende la comisión de la conducta infractora y devuelve a la sociedad el equilibrio perdido. (Gómez, et al. s. f, p. 136).

Con lo antes señalado, se logra dar un rol más íntegro a la sanción, ya que el efecto no es meramente particular, sino que también persigue un interés colectivo, al desalentar que la conducta infractora se vuelva a repetir.

En esa línea, si bien hemos expuesto la relevancia de las sanciones, además que conocemos que los órganos resolutores de la Comisión pueden imponerlas. Se debe destacar que antes de otorgar cualquier sanción, esta debe ser graduada respecto a ciertos criterios, los cuales se establecen por el Art. 112 del CPC, que contempla lo siguiente:

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

Al graduar la sanción, el órgano resolutor 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.*

(...)”

Los criterios de graduación de las sanciones, que refiere el artículo citado, son aplicables a los casos de protección al consumidor, grupo en el que también se

encuentran los casos de discriminación en el consumo. Cabe mencionar, que si bien el Art. 112 del CPC establece parámetros generales para establecer las sanciones, también se cuentan con agravantes y atenuantes que serán aplicados según cada caso en cuestión.

Por ello, no es que los órganos resolutivos establecen sanciones de manera discrecional y arbitraria. Por el contrario, las sanciones deben cumplir con una gradualidad, la cual para los casos de protección al consumidor se encuentra delimitada en el Art. 112 del CPC; y posterior, a realizar la graduación a la conducta infractora, se impone la sanción en razón de lo estipulado en el Art. 110 del CPC en razón a cada caso.

También se debe comentar, en línea con el Art. 110 del CPC que las sanciones pueden ser leves, graves o muy graves, y dependiendo de ello se le puede llegar a establecer multas, que son un tipo de sanción. Para efectos de determinar las multas, se parte de un monto referencial, el cual es calculado según el valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), este punto se recoge en el Art. 113 del CPC.

La autoridad parte de una multa base que será un referente inicial, que luego según la aplicación de agravantes y atenuantes según sea el caso, se logrará determinar la sanción final (Gómez et al. s. f, p. 141). Es posible que el órgano resolutivo tome como referencia otros casos similares.

Por lo tanto, podemos decir que los parámetros que se aplican a los casos de discriminación en el consumo, parten de una graduación recogida en el Art. 112, que según como fuese el caso podrá variar, ello debido a la aplicación de agravantes o atenuantes, para que luego se aplique el Art. 110. No obstante, debemos tener en cuenta que la determinación de la sanción final parte de un referente inicial, el cual usualmente se encontrará alineado con la jurisprudencia del INDECOPI respecto a casos similares.

3.2. La sanción establecida por la Sala de Protección al Consumidor respecto al presente caso:

En el presente caso, para efecto de nuestro análisis, tenemos conocimiento de los hechos narrados que; en primera instancia, la Comisión por medio de la Resolución

715-2013/CC1 sancionó a la Discoteca Gótica con 100 UIT, sanción que fue revocada por la Sala, quien le otorgó una multa ascendente a 50 UIT.

Como ya hemos referido anteriormente, los órganos resolutivos deben realizar una gradualidad de la sanción, ello respecto a los criterios que estable el Art. 112 del CPC. En ese sentido, la Sala realizó un análisis a fin de establecer una correcta gradualidad, la cual a nuestra consideración ha sido correcta, si bien empleo los mismos criterios (daño resultante, naturaleza de perjuicio causado y efectos en el mercado), discrepo en la decisión de imponer una sanción tan alta, y más cuando el caso fue respecto a una persona.

No significa que los actos de discriminación en el consumo sean menos graves cuando se dirigen a una sola persona, que cuando son contra un colectivo, sino que la magnitud de la afectación si es un elemento a tener en consideración al momento de graduar la sanción. No obstante, si el proveedor continuará cometiendo actos de discriminación, estaría configurando un agravante debido a la reincidencia.

La decisión de la Sala se justificó en los siguiente: si bien no cabía duda que se estaba frente a un caso de gran afectación, este era un caso individual, que no involucraba afectación a intereses colectivos o difusos, y tampoco era un caso que generaba un daño a la salud, la vida o la integridad de una persona. Por lo tanto, no se justificaba una multa tan alta de 100 UIT.

Asimismo, la Sala refirió que se debía cumplir con el *principio de predictibilidad*², el cual orienta los procedimientos administrativos. Lo cual se encontraba relacionado con los últimos pronunciamientos de aquellos años, respecto a casos en materia de Discriminación.

La Sala había sancionado a los proveedores con 45 UIT (Res. 2135-2012/SC2-INDECOPI) y 51 UIT (Res. 3128-2013/SPC-INDECOPI). En ese

²Res. 1197-2014/SPC-INDECOPI

(...)

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

sentido, podemos evidenciar que la sanción que estableció la Sala contra la Discoteca Gótica no solo cumplía los criterios del Art. 112, sino también se mantenía en concordancia a las sanciones establecidas en casos similares.

Asimismo, podemos comentar que el razonamiento de la Sala respecto a la gradualidad de la sanción en el caso de la Discoteca Gótica, ha sido un criterio que se ha mantenido como referente hasta los últimos años. Decimos ello, porque la Sala cuando está frente a casos de discriminación agravada ha sancionado con multas ascendentes a 50 UIT, en la mayoría de los últimos casos (Delgado, 2020, p. 43).

En ese sentido, consideramos adecuada y proporcional la sanción que la Sala impuso a la Discoteca Gótica; sin embargo, no estamos a favor que el criterio se mantenga pese al pasar de los años. Por el contrario, consideramos que la multa fue adecuada para ese entonces, pero que a los casos de la actualidad se debe tomar en consideración otros elementos, y también si se presentan agravantes o atenuantes.

Por ello, estamos a favor de la postura que justifica que los actos de discriminación en el consumo generan un perjuicio irreparable, situación que no va cambiar pese a la sanción o medida correctiva que se imponga al infractor. Por lo cual, actualmente el razonamiento de la autoridad debería ir orientado a fin de prevenir que se den casos de discriminación en el consumo, ello más que la sanción (Delgado, 2020, p. 19).

En consecuencia, si bien consideramos que la sanción de 50 UIT que se le estableció a la Discoteca Gótica fue adecuada, partimos del contexto en el que se dio el caso y su relevancia en cómo se resolvió y como se graduó la sanción. No obstante, consideramos que los actos de discriminación en el consumo, al ser casos especiales, en los cuales es imposible revertir la situación, se deben mantenerse en constante debate los razonamientos que se emplean para resolver y otorgar sanciones, con el objetivo que el número de casos que se denuncien por dicha materia se vaya reduciendo.

3.3. Consideraciones para establecer medidas correctivas en el caso de discriminación en el consumo por identidad de género:

Como parte de la Resolución que nos encontramos analizando, notamos que no solo se determinó una sanción, sino también se aplicaron medidas correctivas. Las medidas correctivas son mandatos dados por una autoridad administrativa, que tienen como finalidad restablecer la legalidad preexistente dentro de la esfera jurídica, previo a la vulneración generada, estas pueden darse y variar según la finalidad que tenga la entidad y su ámbito de aplicación. (Gago, 2021, p. 1).

En esa línea, existen medidas correctivas que son aplicables a los casos de protección al consumidor, y son a las que refiere el Art. 114 del CPC de manera general, y se regula lo siguiente:

“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.”

Del artículo anterior, comprendemos que las medidas correctivas se pueden imponer a pedido de parte o de oficio, y que no afecta la sanción que se puede haber otorgado. Con ello, buscamos decir que si en un procedimiento que se otorgó una sanción también se puede establecer una medida correctiva, no se excluyen.

Además, estas medidas se clasifican en: a) correctivas reparadoras y b) correctivas complementarias, las cuales son delimitadas por los Arts. 115 y 116 del CPC, que contemplan:

“Artículo 115.- Medidas correctivas reparatoras.

*115.1 Las medidas correctivas reparatoras tienen el objeto de **resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior.** En caso el órgano resolutorio dicte una o varias medidas correctivas, debe considerar lo acordado por las partes durante la relación de consumo. Las medidas correctivas reparatoras pueden consistir en ordenar al proveedor infractor lo siguiente:*

(...)”

“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:***

(...)

*e. **Publicación de avisos ratificatorios o informativos en la forma que determine el INDECOPI, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado.***

(...)”

Para efectos de los casos de discriminación en el consumo, consideramos que las medidas correctivas reparatoras, debido a su naturaleza patrimonial no son tan relevantes, ya que, los casos de discriminación se relacionan con la afectación de la dignidad de la persona, ya que el trato diferenciado es lo que genera.

No obstante, las medidas correctivas complementarias son las que llaman nuestra atención. En el apartado anterior, hemos señalado que los casos de discriminación en el consumo son particulares, debido a que, no es posible revertir los efectos de la conducta que genero el trato diferenciado.

Pero, las medidas correctivas complementarias tienen otra función, y es evitar que la conducta infractora se produzca nuevamente, lo cual es de gran importancia, porque la autoridad lo que busca es que los actos de discriminación en el consumo

puedan ser prevenidos e incluso evitados. Es por ello, que existe la prohibición de discriminación, ya que, desde su propio nombre deja en claro que dicha conducta es infractora y prohibida.

Por lo tanto, sabemos que en los casos de protección al consumidor además de establecerles sanciones, también se pueden otorgar medidas correctivas. De las cuales, para efecto de los casos de discriminación en el consumo por identidad de género, son más relevantes las medidas correctivas las complementarias, porque una de sus particularidades es evitar que la conducta infractora no se vuelva a dar.

3.4. La medida correctiva establecida por la Sala de Protección al Consumidor en razón al caso en cuestión:

Para efectos del caso, en la Resolución parte de nuestro análisis se establecieron las siguientes medidas correctivas:

- a) *Que, se remita una carta a la parte denunciante mediante la cual le ofrezca una disculpa por el trato discriminatorio brindado.*
- b) *Uso de publicaciones en la página web y se coloque un aviso visible para todos los consumidores en la entrada de la Discoteca Gótica, con el siguiente texto: Gothic Entertainment S.A. informa al público en general que en la Discoteca Gótica se encuentra prohibidas todas las practicas discriminatorias a consumidores por cualquier motivo, incluyendo distinciones injustificadas por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, opción sexual o cualquier otro motivo.*
- c) *Capacitaciones a todo el personal de la Discoteca Gótica, para que eviten conductas discriminatorias similares a las que se dirigieron a la Srta. Arbulú.*
- d) *Se abstenga de realizar prácticas discriminatorias de cualquier índole que implique una vulneración a los derechos de los consumidores.*

En razón a dichas medidas correctivas, si bien en la Resolución no se menciona a que categoría pertenecen, podemos notar que son complementarias. Asimismo, podemos identificar que la Sala al dictar dichas medidas correctivas complementarias no busca revertir los efectos de la conducta, sino que la Discoteca

Gótica tome conciencia y se haga responsable, de tal manera que no vuelva a cometer actos de discriminación en el consumo.

La afectación de la cual fue víctima la Srta. Arbulú era imposible de restablecer, sin embargo, el pedido de disculpas es con la finalidad de que la Discoteca Gótica reconozca su infracción, y por lo menos, acepte ante la denunciante que su comportamiento no estuvo acorde a ley.

Referente a las medidas correctivas que solicitan el uso de carteles contra la discriminación, guarda una gran relevancia, porque en su contenido no solo se limita a dar cuenta de la prohibición legal de la discriminación en el consumo, sino que también se incluye el derecho del consumidor afectado de efectuar el reclamo respectivo y denunciar tal conducta ante el INDECOPI. (Delgado, 2020, p. 38).

En decir, que el cartel no solo le sirve al proveedor para recordar constantemente que no debe infringir cierta prohibición, sino que coloca al consumidor en una posición favorecida, ya que su derecho a no ser discriminado es reconocido y si se encuentra siendo respaldado por el establecimiento.

De esa manera, si los consumidores fuesen víctimas de algún acto de discriminación en el consumo, lo podrían comunicar valiéndose de dicho cartel, el cual se debería cumplir sin distinción, caso contrario se puede informar a INDECOPI para que intervenga respectivamente.

Ahora, en razón a las capacitaciones que se solicitaron que la Discoteca Gótica brinde a su personal, fue también una medida correctiva que busco evitar que otro caso de discriminación en el consumo se presente.

Para efectos de este tipo de medidas correctivas, podemos decir que la Sala Especializada en Protección al Consumidor las ha ido refinando, ya que, en casos posteriores a especificando el tipo de trabajadores que debe estar involucrado, en dicho tipo de capacitaciones, constituye un avance pues mientras más claros sean los términos de dichas ordenes, más factible será su cumplimiento por parte de los proveedores en beneficio de los consumidores. (Delgado, 2020, p. 39).

En ese sentido, es importante que la Comisión como la Sala desarrolle o mejoren las medidas correctivas que establecen, ya que, con ello pueden favorecer que los casos de discriminación en el consumo disminuyan.

Por lo tanto, y posterior a lo expuesto, consideramos que las medidas correctivas en el caso de la Srta. Arbulú contra la Discoteca Gótica, si fueron adecuadas, ya que como hemos expuesto, lo que se busca para efectos de estos casos, de discriminación en el consumo, es asegurarse que la conducta no se repita y el proveedor se concientice respecto a su infracción. Porque, dada la particularidad de la afectación el revertir los efectos de la conducta no es factible.

Conclusiones Generales:

- Como hemos podido evidenciar, la prohibición de discriminación en el consumo es una regulación que tiene origen en los derechos fundamentales, lo que le otorga una relevancia y reconocimiento más allá del sector que corresponde meramente al Derecho del Consumidor.

Es por dicha razón, que en las resoluciones de la Comisión, referidas a dicha prohibición, se presenta un marco regulatorio que agrupa elementos supra nacionales como también normativa constitucional.

- Así también, la discriminación en el consumo no va dirigido meramente a la afectación al derecho a la igualdad, claro está que dicho derecho se afecta a consecuencia del acto discriminatorio, pero más que dicha razón, lo que se busca es que el proveedor no realice actos diferenciados valiéndose de categorías prohibidas y respecto a grupos protegidos.
- En ese sentido, hemos identificado cuales son los supuestos que consideramos necesarios para configurar un caso de discriminación en el consumo, siendo estos los siguiente: i) identificar el trato diferenciado; ii) que se carece de causas objetivas y justificadas; y iii) la pertenencia a un grupo históricamente discriminado.

- La carga de la prueba que se presenta en los casos de discriminación en el consumo es para ambas partes, pero requiriendo de su participación respecto a distintos puntos. Por un lado, el consumidor debe demostrar el trato diferenciado, y el proveedor debe justificar que dicho trato se ha dado basado en justificaciones razonables.
- Como se maneja la carga de la prueba en estos casos es beneficiosa para el consumidor, quien enfrentaría gran dificultad si tuviese que comprobar el acto discriminatorio como tal, ya que, ello lo llevaría a demostrar que además de estar presente el trato diferenciado este se ha originado por un elemento subjetivo como: raza, identidad, orientación, edad, etc.
- Respecto a la sanción que se establece en los casos de discriminación en el consumo, debemos concluir, que los órganos resolutivos tienen la obligación de graduar la sanción en razón del caso en concreto.

Por lo que, no es adecuado y se sobrepasaría la potestad sancionadora de la Administración Pública toda vez que la Comisión o la Sala busquen imponer una sanción de manera arbitraria, sin tomar en cuenta los parámetros necesarios.

- En los casos de discriminación en el consumo, el objetivo de la autoridad no debe ser imponer sanciones o medidas correctivas más severas, sino debe ser el desarrollar mecanismos y herramientas para prevenir dichas infracciones. Consideramos, dicha premisa porque son casos especiales, debido a que, una vez generada la vulneración a los derechos de la persona, no hay forma de revertir la situación.
- Para efectos de los casos de discriminación en el consumo, si se busca que los infractores no sean reincidentes, las medidas correctivas complementarias son las que deberán aplicarse, debido a que una de sus particularidades es que la conducta no sea reincidente.

- La importancia de las medidas correctivas en los casos de discriminación en el consumo, parte de favorecer a que los proveedores sean más conscientes de que no deben realizar conductas que se puedan ver como un trato diferenciado injustificado.
- Asimismo, el que las medidas correctivas se vayan perfeccionando contribuye a que cumplan mejor con su función y objetivo.

Recomendaciones:

El análisis realizado, para efectos del presente informe evidencia que la prohibición de discriminación en el consumo aún requiere mayor estudio, por ello las recomendaciones que consideramos son:

- La Comisión de Protección al Consumidor debe brindar de manera detallada cuales son los lineamientos aplicables a los casos de prohibición de discriminación en el consumo, es decir criterios que deben estar presentes en todo acto de discriminación, dichos lineamientos debe establecerlos la autoridad en razón a los casos que ya se han resuelto.
- Se debe promover un mayor estudio para diferenciar cuando se está frente a un caso de discriminación en el consumo o un trato diferenciado ilícito.
- Deberíamos evaluar si el contenido de los Art. 38 y 39 del Código son de una fácil interpretación, ya que recordemos que se busca proteger los derechos de consumidores.

Bibliografía:

- Amaya, L. (2015). Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi. Lima, Indecopi.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión Consultiva OC-24/14: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. CIDH. Noviembre. Costa Rica.
- Delgado, R. (2021). Una mirada global a la discriminación en el consumo. Jurisprudencia del Indecopi. Indecopi. Marzo, Lima.

- Delgado, R. (2017). La prueba de la discriminación prohibida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú. Actualidad Jurídica N° 288. Noviembre, Lima.
- Gago, C. (2021). Ordenar y Acreditar: Medidas Correctivas y su particularidad en el procedimiento de Protección al Consumidor.
- Gómez, Isla & Mejía. (s.f). Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor. Derecho & Sociedad N° 34. Lima.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección al Consumidor. (2019). Lineamientos sobre protección al Consumidor. Indecopi. Septiembre, Lima.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección al Consumidor. (2020). Webinar: ¿Cómo se aplican las medidas correctivas en protección al consumidor? Indecopi. Julio. Lima: <https://www.youtube.com/watch?v=X5fEefEoeUs>
- Organización de las Naciones Unidas. (2009). Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. ONU. Mayo.
- Resolución N.º 1197-2014/SPC-INDECOPI.
- Ley 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- Constitución Política del Perú de 1993.
- Zelada, Carlos. (2017). Trans legalidades: Estudio preliminar de expedientes sobre reconocimiento de las identidades trans en Perú. Ius Et Veritas. Diciembre. Lima.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – SEDE LIMA SUR N° 1
PROCEDIMIENTO : DE OFICIO
DE PARTE
DENUNCIANTES : SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
GODFREY ARBULÚ GRIPPA
DENUNCIADA : GOTHIC ENTERTAINMENT S.A. – DISCOTECA GÓTICA
MATERIA : DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO
ACTIVIDAD : RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS

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

SANCIÓN: 50 UIT

Lima, 10 de abril de 2014

ANTECEDENTES

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

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

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

M-SPC-13/1B



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

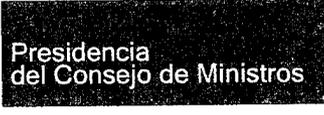


TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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



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

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

ANÁLISIS

Sobre la solicitud de informe oral

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

Nociones preliminares y marco legal nacional y supranacional sobre la discriminación

20. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la igualdad y consecuentemente, el principio contrario a la discriminación ha sido reconocido expresamente en el artículo 2° numeral 2 de la Constitución Política del Perú, que establece en forma expresa y clara lo siguiente :
- “Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:*
(...)
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

(...)"

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

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

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

"(...)

78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos 'sin discriminación alguna'. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.

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

80. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.
(...)” (Subrayado añadido).

23. Asimismo, se indicó que la inclusión del término “otra condición social” en el artículo 1.1 de la Convención, permitía incorporar a otras categorías, como protegidas de actos discriminatorios:

“(…)”

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

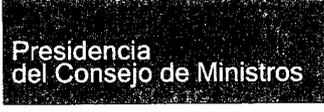
83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas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

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

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

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

“(…)”



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

(...)

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

25. En concordancia con lo establecido por la CIDH, la discriminación por causal de identidad de género, también se encuentra proscrita por el artículo 2° numeral 2 de nuestra Constitución, cuando establece lo siguiente:

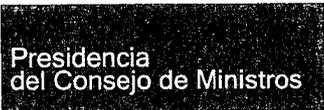
“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

26. Respecto de la definición de “transgénero”, resulta pertinente precisar que con este término se hace referencia a aquellas personas “que se autoidentifican con un género diferente al convencional asignado socialmente al sexo hombre o mujer, que generalmente se impone desde el nacimiento”⁴.
27. Así, considerando que el “sexo” es una condición biológica, un “transgénero” es una persona que se identifica con un género distinto del sexo que le corresponde, por ejemplo, una persona con características biológicas

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



femeninas con una identidad masculina o una persona con características biológicas masculinas con una identidad femenina. Por otra parte, el transexual, es la persona que mediante un tratamiento hormonal e intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto⁵.

28. En este punto, debe tenerse presente la Sentencia recaída en el Expediente 2273-2005-PHC/TC del 20 de abril de 2006, el máximo intérprete de nuestra Constitución ha señalado que se protegerá el derecho a la identidad personal, en tanto se sustente en el principio de dignidad de la persona, por *garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también sustancial o material*.
29. De allí que convenga recordar que el derecho a la identidad personal tiene a su vez dos dimensiones, la "estática" y la "dinámica"; las cuales han sido definidas por la doctrina de la siguiente manera:

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

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

"(...)

21. Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características

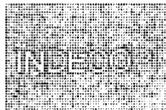
⁵ Definición de "transexual" conforme a lo señalado por la Real Academia Española en la versión online de la vigésima segunda edición del Diccionario de la Lengua Española, cuyo texto puede encontrarse en: <http://lema.rae.es/drae/?val=transexual>.

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

(...)"

31. Así, el reconocimiento del derecho a la identidad de género, parte del reconocimiento del derecho a la identidad personal en su dimensión dinámica, siendo que, en el caso de las personas transgéneros, la identidad personal dinámica prima sobre la estática, ya que si bien tienen características biológicas del sexo masculino, se perciben, sienten y se desenvuelven en la sociedad como personan del sexo femenino, y viceversa⁷.
32. En efecto, el derecho a la identidad de género ha sido objeto de pronunciamiento en la Resolución 379 del 26 de octubre de 2006, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte: "(...) el sexo sea uno de los caracteres más importantes de la vida del sujeto y también cumple una función de diferenciación de las personas en la sociedad, siendo el primer signo de identificación de este, constituyéndose en uno de los caracteres primarios de la identidad personal, en lo que primigeniamente nos distingue como varón y mujer (macho-hembra). Ello en funciones de ciertos caracteres celulares, morfológicos, fisiológicos, etc.; pero la sexualidad tiene un contenido mucho más amplio, siendo esta una función vital que fluye sobre la conducta del sujeto y sobre las relaciones humanas en general, que comprende diversas tendencias y expresiones del sexo y como es obvio la sexualidad no se reduce a los órganos genitales por lo que, de las expresiones del sexo y de la sexualidad es que asigna automáticamente la identidad sexual y la identidad personal (...)"⁸.
33. En este orden de ideas, con el término "de cualquier otra índole" contenido en el artículo 2° numeral 2 de la Constitución, se incorpora a la identidad de género como una categoría protegida de actos discriminatorios, en la medida que constituye una expresión de la dimensión dinámica de la identidad personal considerada por la Constitución como un derecho fundamental, siendo que el derecho a la identidad de género también es considerado como un derecho fundamental en virtud del artículo 3° de la Constitución⁹, por

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

fundarse este en la dignidad de la persona, en tanto le garantiza una vida plena al permitirle que sea identificada, no solamente por rasgos distintivos de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.), sino también por rasgos distintivos de carácter subjetivo como lo es su identidad de género.

34. Por último, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha subrayado en reiteradas sentencias que los derechos fundamentales vinculan, no sólo a los poderes públicos, sino también a los privados, reconociendo lo que en doctrina se denomina "eficacia horizontal de los derechos fundamentales"¹⁰, de allí que tanto el Estado como los particulares tienen el deber de respetar los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, el derecho a no ser discriminado por la identidad de género.

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

35. Teniendo en cuenta el marco legal nacional y supranacional citado precedentemente, el artículo 1°.1 literal d) del Código establece el derecho de los consumidores a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión o de cualquier otra índole¹¹. Por su parte, los artículos 38°.1, 38°.2 y 38°.3 de dicho cuerpo legal¹² contemplan el tipo infractor de discriminación en el consumo, estableciendo que los proveedores se encuentran prohibidos de

republicana de gobierno.

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

36. Las normas antes expuestas establecen un deber de no discriminación para los proveedores y la prohibición de exclusión de las personas sin que medien causas objetivas y razonables. Una conducta es discriminatoria cuando no se aplican las mismas condiciones comerciales a consumidores que se encuentren en situación de igualdad y cuando la conducta infractora está motivada por la pertenencia del consumidor a un grupo humano determinado, lo cual se sustenta en prejuicios que afectan la dignidad de las personas.
37. Cabe resaltar que el tipo infractor de discriminación en el consumo no se restringe a supuestos de negativa de contratar, pudiendo comprender también restricciones arbitrarias o interrupciones del servicio verificadas una vez entablada la relación de consumo¹³.
38. Respecto a la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 39° del Código¹⁴, para que se configure una infracción, el consumidor deberá, en primer lugar, acreditar la existencia de un trato desigual. Solo superada esta valla, en un segundo momento, la Administración exigirá al proveedor que demuestre la existencia de una causa objetiva y justificada para tal trato desigual. De no acreditarse esta última, corresponderá determinar si el trato desigual injustificado configura una práctica discriminatoria, para lo cual

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

43. Esta flexibilización legal de la carga de la prueba se alinea a lo señalado en anteriores pronunciamientos emitidos en el marco de procedimientos que versan sobre servicios médicos¹⁶ y en donde se aplica la teoría de las cargas dinámicas que tiene por finalidad el asegurar el cumplimiento del deber especial de protección de los derechos de los consumidores y usuarios conforme a lo estipulado en la Constitución Política del Perú¹⁷, de modo que dicha carga recaiga en aquél sujeto de la relación de consumo que se encuentra en mejor posición o condición para satisfacerla¹⁸.
44. A mayor abundamiento, en la jurisprudencia internacional comparada se ha reconocido la dificultad probatoria en que se encuentran los afectados de actos discriminatorios, concluyendo la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Español que debe exigirse al denunciante únicamente presentar indicios suficientes de una conexión de la conducta del sujeto activo con la categoría protegida en que se encuentra el sujeto pasivo¹⁹, para

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

¹⁹ Raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, orientación sexual, entre otras.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

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

“(…)

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

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

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

(…)

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

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOP

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

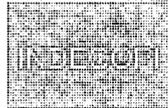
(...)

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)”. (Subrayado añadido)²²

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

Aplicación al caso concreto

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

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



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

"(...)

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

(...)" (Subrayado añadido).

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

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



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

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

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

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

²³

En la foja 25 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOP

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

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

"(...)

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

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

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

La parte denunciante: *Cierto?*

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

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

Señor Tokeshi: *Sí, podemos pagar*

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

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

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

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

Personal de seguridad: *Ya un ratito por favor*

La parte denunciante: *Ok, gracias*

(Transcurrido un minuto)

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

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

La parte denunciante: *No tengo ningún problema*

(Con dirección a la caja)

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

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

(En la caja)

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

La parte denunciante: *Ah, Ok*

(En la puerta de ingreso)

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

²⁴

En la foja 112 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

La parte denunciante: Si, normal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

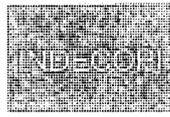
²⁵ En la foja 33 del expediente.

²⁶ En la foja 111 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

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

²⁷ En la foja 113 del expediente.

²⁸ En la foja 177 del expediente.

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



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

Declaración jurada del señor Tokeshi

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

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

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

Declaración jurada de la señora Martínez

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

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

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

³³ En la foja 50 del expediente.

³⁴ En la foja 51 del expediente.

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

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



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

Graduación de la sanción

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



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 1197-2014/SPC-INDECOPI

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

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

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

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


36

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

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



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

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

³⁷ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo. 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:



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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

(...)

6.2 Puede motivarse mediante declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. (...)



Remisión de los actuados al Ministerio Público

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

RESUELVE:

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

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

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

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



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

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

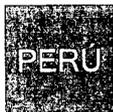
CUARTO: Confirmar la Resolución 715-2013/CC1 en el extremo referido al mandato de pago de las costas y los costos del procedimiento.

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

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



JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN
Vicepresidente



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

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

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


ANA ASUNCIÓN AMPUERO MIRANDA

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