



PROCEDENCIA : COMISIÓN DE LA OFICINA REGIONAL DEL INDECOPI DE PIURA
PROCEDIMIENTO : DE PARTE
DENUNCIANTE : ERVIN RAÚL TORRES FARFÁN
DENUNCIADA : CHIRA'S E.I.R.L.
MATERIA : DISCRIMINACIÓN
ACTIVIDAD : RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS

SUMILLA: *Se confirma la resolución venida en grado en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por Ervin Raúl Torres Farfán contra Chira's E.I.R.L. por infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado un acto discriminatorio en perjuicio de la parte denunciante, al negarle el ingreso al establecimiento comercial debido a su condición de transgénero.*

SANCIÓN: 25 UIT

Lima, 27 de febrero de 2019

ANTECEDENTES

1. El 5 de febrero de 2018, Ervin Raúl Torres Farfán (en adelante, la parte denunciante) interpuso una denuncia contra Chira's E.I.R.L.¹ (en adelante, la Discoteca) por presunta infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), en atención a los siguientes hechos:
 - (i) Era una persona transgénero² de buena reputación, la cual acudió a divertirse a la Discoteca a fin de celebrar la visita de Gustavo Jesús Luque Rengifo, amigo transgénero que había viajado desde Europa a visitarla;
 - (ii) el 14 de enero de 2018, en compañía de Gustavo Jesús Luque Rengifo y Eduardo Arturo Callirgos Cortez, a las 23:29 aproximadamente, intentaron ingresar a la Discoteca; no obstante, una persona de seguridad del establecimiento impidió su ingreso "por orden de su superior", alegando que se reservaban el derecho de admisión;
 - (iii) dicha discriminación no contaba con ningún tipo de justificación, pese a sus insistencias y reclamos;

¹ RUC: 20526002351. Domicilio fiscal: Av. Marcelino Champagnat 674 Urb. Santa Rosa, distrito y provincia de Sullana, departamento de Piura. Información obtenida de www.sunat.gob.pe.

² Esta Sala considera oportuno indicar que -si bien la parte denunciante se ha identificado como una persona transexual- de la revisión del expediente se advierte que el grupo objeto de tutela eran las personas transgénero, conforme será desarrollado más adelante en la presente resolución.



- (iv) lo ocurrido no era un caso aislado, pues luego se enteró de que ese tipo de acto discriminatorio ocurría en la mayoría de locales de la zona;
 - (v) la discriminación afectó gravemente su condición emocional y su imagen frente a sus amistades y las personas allí presentes, pues de acuerdo al video presentado, el impedimento de ingreso se debió únicamente a su condición de transgénero, ya que una de las personas de seguridad se acercó a Eduardo Arturo Callirgos Cortez a señalarle que él sí podía ingresar, pero las personas transgénero no, debido a que el dueño había ordenado el impedimento de “gente así”;
 - (vi) el video presentado acreditaba la discriminación a plenitud, así como la afectación a la moral, al desarrollo de la personalidad, a la libertad y a la igualdad; y,
 - (vii) como no se les permitió el ingreso, un allegado no transgénero ingresó a consumir y así poder obtener una boleta de venta que permita verificar el número del Registro Único de Contribuyentes de la Discoteca.
2. Mediante Resolución 1 del 13 de febrero de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura, admitió a trámite la denuncia interpuesta contra la Discoteca, imputándole la presunta infracción de los artículos 1°.1 literal d), 18°, 19° y 38° del Código, en tanto habría negado el ingreso de la parte denunciante sin que medie justificación o causa objetiva alguna.
3. El 9 de marzo de 2018, la Discoteca presentó sus descargos a la imputación efectuada en su contra, argumentando lo siguiente:
- (i) El 14 de enero de 2018, a las 23:30 aproximadamente, la parte denunciante junto con dos amigos transgénero, acudieron a su establecimiento en estado etílico, motivo por el cual se les prohibió el ingreso, debido a malas experiencias previas al permitir el ingreso de personas en ese estado, pues ello causaba disturbios y pérdidas en el local, así como incomodidad en los clientes y mala imagen de su establecimiento; ello conforme a lo dispuesto en el artículo 40° del Código;
 - (ii) descartó la presunta prohibición de ingreso por discriminación, pues en su local comercial solo prohibían el ingreso de menores de edad, de personas en estado etílico, y de personas con armas de fuego u objetos punzocortantes;
 - (iii) la gerente general de la Discoteca en ningún momento dio la orden de impedimento de ingreso de la parte denunciante, pues el ingreso de los clientes era determinado por los agentes de seguridad;
 - (iv) según los agentes de seguridad, se impidió el ingreso de la parte denunciante y sus acompañantes debido a su estado de ebriedad, y



- debido a que anteriormente, la parte denunciante había provocado un disturbio en el establecimiento por su estado etílico;
- (v) de acuerdo al video presentado por la parte denunciante, no se apreciaba que la negativa de ingreso haya obedecido a un trato discriminatorio, pues se debió a su estado de ebriedad y por ello el agente de seguridad señaló que “se reservaban el derecho de admisión”; y,
 - (vi) su establecimiento no se encontraba registrado como Micro o Pequeña Empresa.
4. El 28 de marzo de 2018, la Discoteca presentó un escrito en el que informó que si bien su local contaba con dos (2) cámaras de seguridad, las mismas contaban con una capacidad de almacenamiento promedio de siete (7) días; y, por ello, no era posible alcanzar los videos del hecho ocurrido el 14 de enero de 2018.
5. El 2 de abril de 2018, la parte denunciante presentó un escrito mediante el cual absolvió los descargos esbozados por la Discoteca, manifestando que:
- (i) Negó rotundamente que se haya encontrado en estado etílico el día de ocurrido el hecho denunciado; y, además, debía tomarse en cuenta que la denunciada no presentó prueba alguna que permita demostrar su afirmación;
 - (ii) de acuerdo al video presentado, se podía apreciar que la persona de seguridad en ningún punto hizo referencia a su presunto estado etílico, aludiendo a las órdenes de gerencia y a que se reservaban el derecho de admisión, a fin de impedirles el ingreso;
 - (iii) asimismo, al escuchar su voz y la de sus acompañantes, se podía comprobar que se encontraban sobrias y en pleno uso de sus facultades;
 - (iv) el derecho de admisión se encontraba limitado pues no debía ser contrario a los derechos reconocidos constitucionalmente ni debía suponer un trato discriminatorio o arbitrario para las personas, así como tampoco debía colocarlas en situaciones de inferioridad o indefensión; y,
 - (v) los argumentos empleados por la denunciada eran falsos y sin prueba ni fundamento, denigrando su condición y honorabilidad, a fin de evadir su responsabilidad por los actos discriminatorios.
6. Mediante Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU del 4 de julio de 2018, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura (en adelante, la Comisión) emitió el siguiente pronunciamiento:



- (i) Dejó sin efecto la imputación efectuada contra la Discoteca por presunta vulneración al deber de idoneidad (contenido en los artículos 18° y 19° del Código), debido a que el hecho denunciado versaba sobre un presunto acto discriminatorio (regulado en los artículos 1°.1 literal d) y 38° del Código);
 - (ii) declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Discoteca por infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° del Código, al haberse acreditado un supuesto de discriminación en perjuicio de la parte denunciante debido a su orientación sexual (condición de transgénero); sancionándola con una multa de 25 UIT;
 - (iii) ordenó a la Discoteca, en calidad de medida correctiva que, inmediatamente después de notificada la resolución, cese la aplicación de tratos discriminatorios en contra de la parte denunciante;
 - (iv) condenó a la Discoteca al pago de las costas y costos del procedimiento; y,
 - (v) dispuso la inscripción de la Discoteca en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.
7. El 26 de julio de 2018, la Discoteca interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU, señalando que:
- (i) La resolución emitida por la Comisión denotaba cierta parcialización y subjetividad de sus miembros, causal de nulidad por afectación del derecho fundamental a la prueba;
 - (ii) la Comisión vulneró el Debido Procedimiento y se sustentó en datos inexactos, incompletos o falsos como consecuencia de no desarrollar la labor de investigación correspondiente, además de haberse escudado en una arbitraria e ilegal interpretación de indicios;
 - (iii) la primera instancia no compulsó debidamente la única prueba sobre la cual se basó para emitir su pronunciamiento, referida al video aportado por la parte denunciante, pues en el mismo se podía apreciar lo siguiente: la parte denunciante manifestó que *“este lugar ha sido de homosexuales y aquí ya han entrado”*, lo cual demostraba que la parte denunciante reconoció que en el local no discriminaban a las personas por su opción sexual;
 - (iv) asimismo, la parte denunciante manifestó que *“cuál es el problema del dueño, o es homofóbico o se ha convertido en homofóbico”*; y, al haber utilizado el término “convertido”, se podía colegir que el dueño nunca fue homofóbico, es decir, que no tenía razones para negarles el ingreso;
 - (v) además, la parte denunciante señaló que *“porqué entran otras personas igual y ahora no nos quieren dejar entrar”*, afirmación que permitía concluir que, el día del hecho denunciado, dentro del local había otras personas de igual opción sexual que la parte denunciante, y, por tanto, no existió ningún trato discriminatorio en su contra;



- (vi) así también, al haber señalado el agente de seguridad que “*más o menos los conozco a ustedes*” implicaba que no era primera oportunidad en la cual la parte denunciante acudía a su establecimiento;
 - (vii) en el proceso seguido por la parte denunciante contra su gerente general ante la Fiscalía, por el presunto delito contra la humanidad en la modalidad de discriminación, los señores Lucas Aranibar Delgado y Mayra Fabiola Figueroa Maldonado, declararon que la parte denunciante en anteriores oportunidades había ingresado al local y había propiciado problemas con otros clientes, y que nunca se le había prohibido el ingreso, ni a la parte denunciante ni a otras personas transgénero, pues hasta el cocinero era homosexual; y,
 - (viii) debía considerarse que su empresa era una microempresa, de acuerdo al documento adjuntado.
8. El 31 de octubre de 2018, la parte denunciante presentó un escrito a través del cual manifestó lo siguiente:
- (i) Los argumentos empleados por la Discoteca en su impugnación eran falacias y hechos que no se ajustaban a la verdad, pues se le había discriminado por su condición de transgénero y haber ido vestido de mujer;
 - (ii) era la primera vez que asistía a la Discoteca, y por lo tanto era imposible que en ocasiones anteriores haya protagonizado algún tipo de problema, habiendo sido imposible que otras personas la conozcan;
 - (iii) el día 14 de enero de 2018, sus acompañantes (Gustavo Jesús Luque Rengifo y Eduardo Arturo Callirgos Cortez) también fueron atacados por los actos discriminatorios cometidos por la denunciada, y fueron testigos presenciales de los hechos ocurridos en la Discoteca;
 - (iv) dentro de la investigación preliminar seguida contra la gerente general de la Discoteca, Gustavo Jesús Luque Rengifo y Eduardo Arturo Callirgos Cortez rindieron su manifestación y declararon que fueron víctimas de discriminación por su opción sexual, pero mayormente la parte denunciante y Gustavo Jesús Luque Rengifo, debido a que fueron vestidos como mujer; y,
 - (v) quienes declararon a favor de la Discoteca en la referida investigación preliminar, eran personas que habían trabajado de forma subordinada para la denunciada, y que por tanto iban a declarar a su favor.
9. Finalmente, el 31 de octubre de 2018, la Discoteca presentó un escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en su impugnación.



ANÁLISIS

Nociones preliminares y marco legal nacional y supranacional sobre la discriminación

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

“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

(...)”.

11. En relación con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el artículo 1º.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 agregado)

12. Sobre el particular, 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 siguiente⁴:

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.

⁴ En esa oportunidad, se indicó que la inclusión del término “*otra condición social*” expuesto en el artículo 1.1 de la Convención, permitía incorporar a otras categorías, como protegidas frente a actos discriminatorios:

“(…)”

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

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

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



“(...)

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.

(...)”.

(Subrayado agregado)

13. 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 proscribida por la Convención cualquier norma, acto o práctica

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

(...)”.

Subrayado agregado.



discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

(...)

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

(Subrayado agregado)

14. Como puede advertirse, 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 la Constitución antes citado⁵.
15. A nivel internacional, respecto de la noción de *identidad de género*, cabe destacar que la CIDH, en el marco de la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica en relación con identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1°.1, 3°, 7°, 11°.2, 13°, 17°, 18° y 24°, con referencia al artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), estableció el concepto de *identidad de género*, el mismo que resulta conveniente traer a colación junto con otras definiciones empleadas por la CIDH⁶:

⁵ 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, pues, así aprecia la Sala, 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 Constitución, por 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.

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha subrayado en reiteradas sentencias que los derechos fundamentales vinculan, no solo a los poderes públicos, sino también a los privados, reconociendo lo que en doctrina se denomina “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, 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.

⁶ **OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2017, SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA EN RELACIÓN CON IDENTIDAD DE GÉNERO, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO, OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1°.1, 3°, 7°, 11°.2, 13°, 17°, 18° Y 24°, CON REFERENCIA AL ARTÍCULO 1° DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).** Pp. 15-20.



“32. A mero título ilustrativo e incluso demostrativo de la dificultad antes señalada –e insistiendo en que no los asume como propios en esta opinión–, la Corte recuerda que los siguientes conceptos, tomados de diferentes fuentes orgánicas internacionales, al parecer son los más corrientes en el plano internacional:

(...)

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.

g) Expresión de género: Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida.

h) Tránsgendero 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. (...). La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual.

i) Persona transexual: Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

j) Persona travesti: En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que manifiestan una expresión de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

l) Orientación sexual: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas



personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona.”
(Subrayado agregado)

16. La Corte, resulta preciso señalar, ha destacado que *“la identidad de género y sexual se encuentra ligada al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones”*⁷.

Sobre el trato discriminatorio

17. El artículo 1. 1^o 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 índole⁸.
18. Por su parte, el artículo 38^o de dicho cuerpo legal⁹ dispone que los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen, así como de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.
19. Con la normativa citada se busca proteger el interés de los consumidores en que se les brinde servicios o se les proporcione productos sin exclusiones o selecciones de clientela, más allá de las condiciones que objetivamente resulten necesarias para el cabal cumplimiento de las prestaciones a cargo

⁷ Op. Cit. P. 49

⁸ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1^o.- 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.

⁹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 38^o.- 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.



de los proveedores, lo que es particularmente relevante tratándose de establecimientos abiertos al público.

20. El diseño que el legislador peruano ha adoptado en el Código para proscribir las conductas discriminatorias es congruente con la protección de derechos fundamentales que posee el diseño actual de la Constitución Política, cautelando el derecho a la igualdad de los ciudadanos, en concordancia con los artículos 1°, 2° numeral 2 y 3° de nuestra Carta Magna¹⁰, los que en conjunto establecen expresamente la prohibición constitucional de discriminación en cualquier ámbito y la posibilidad de asimilar otras prácticas similares que vulnere el núcleo mismo de la dignidad humana¹¹.
21. Es importante reconocer que el origen de un acto discriminatorio puede provenir de diversos prejuicios (ideológicos, raciales, políticos, sociales, económicos, entre otros); sin embargo, sea cual fuere el motivo, la práctica debe ser desterrada debido al innegable efecto negativo que produce en el sujeto víctima de discriminación, al menoscabar su propia dignidad y naturaleza humana.
22. 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 consumo¹².

¹⁰ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**

Artículo 1°.- Defensa de la persona humana La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona 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.

Artículo 3°.- Derechos Constitucionales. Números Apertus. 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 republicana de gobierno.

¹¹ El concepto de dignidad se encuentra intrínsecamente ligado a la propia naturaleza del ser humano. Por ello, en aplicación de la competencia que el legislador peruano le ha asignado para sancionar las conductas que infrinjan la normativa de protección al consumidor, considera que las actuaciones que realiza deben enmarcarse siempre en el respeto y la protección del derecho a la dignidad, como eje central de los derechos que asisten a todos los ciudadanos en sus relaciones interpersonales y en los vínculos que mantienen con el Estado. No reconocer ello implicaría contravenir el principal mandato existente a nivel constitucional y en la práctica haría inviable su naturaleza protectora de los derechos que asisten a los consumidores en el mercado.

¹² 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



23. En relación con la carga de la prueba, el artículo 39° del Código¹³ establece que el consumidor solo tendrá que acreditar con suficientes indicios que ha recibido un trato desigual (discriminatorio), para que surja la carga del proveedor de acreditar que su actuación respondió a las circunstancias objetivas y razonables y de ese modo se exonere de responsabilidad.
24. Resulta necesario recalcar que en los casos de prácticas discriminatorias y tal como reconoce la propia dinámica probatoria establecida en el Código para este tipo de infracciones, es posible admitir indicios¹⁴ y otros sucedáneos de los medios probatorios para acreditar las conductas denunciadas.
25. En efecto, en lo que concierne al ámbito específico de los procedimientos por infracción a las normas de protección al consumidor y, en especial, en los procedimientos que versen sobre prácticas discriminatorias, los indicios resultan ser una herramienta particularmente importante, puesto que los proveedores suelen tener más y mejor posibilidad de generar medios probatorios que el consumidor, originándose algunas veces dificultad en la atribución de responsabilidades por los hechos denunciados, debido a la falta de pruebas directas para acreditar las alegaciones efectuadas por las partes.
26. 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.
27. 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

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.

¹³ **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.

¹⁴ Cabe indicar que, por indicio, la Sala entiende que 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, entre otros). 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).



Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos en materia de protección al consumidor.

28. Bajo este contexto, en el presente caso, se colige que deben evaluarse los diversos medios de prueba que obran en el expediente a efectos de determinar si son indicios o pruebas suficientes para acreditar la conducta infractora que habría cometido el personal del proveedor.
29. Resulta preciso indicar que el razonamiento antes 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 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.
30. Esta flexibilización legal de la carga de la prueba se alinea a lo manifestado 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 señalado en la Constitución Política del Perú¹⁷, de modo que

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) o también en el procedimiento iniciado por los señores Julio César Lavalle Sotillo y Joustin Dalton Rodríguez Salazar contra Mall Service S.A.C. - Centro Comercial Plaza San Miguel (Resolución 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre de 2015).

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



dicha carga recaiga en aquel sujeto de la relación de consumo que se encuentra en mejor posición o condición para satisfacerla¹⁸.

31. Cabe destacar que el artículo 173°.2 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), dispone que los administrados tienen la carga de aportar pruebas, y el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos, establece que la carga de probar corresponde a aquel que afirma un determinado hecho¹⁹.

Aplicación al caso en concreto

32. En el presente caso, la parte denunciante cuestionó que, el día 14 de enero de 2018, la Discoteca le haya negado el ingreso junto a sus acompañantes debido a su condición de transgénero, alegando el personal de Seguridad, que dicha negativa se sustentaba en órdenes de su superior y que se reservaban el derecho de admisión.
33. La Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Discoteca por infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° del Código, al haberse acreditado un supuesto de discriminación en perjuicio de la parte denunciante debido a su orientación sexual (condición de transgénero).
34. En su recurso de apelación, la Discoteca señaló que la Comisión se había sustentado en datos inexactos, incompletos o falsos como consecuencia de no desarrollar la labor de investigación correspondiente, además de haberse escudado en una arbitraria e ilegal interpretación de indicios; y,

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 GONZÁLEZ, 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 seria 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 **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 173°.- Carga de la prueba.**

173.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

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

CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 196°.- Medios de Prueba. Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.



adicionalmente, agregó que la primera instancia no compulsó debidamente la única prueba sobre la cual se basó para emitir su pronunciamiento, referida al video aportado por la parte denunciante, pues en el mismo se podían apreciar diversos extractos de una conversación que demostrarían la falta de existencia de un trato discriminatorio.

35. De la revisión de los alegatos expuestos por ambas partes del procedimiento, y de los actuados en el expediente, este Colegiado advierte que no resulta materia controvertida que el hecho objeto de denuncia ocurrió el 14 de enero de 2018 a las 23:30 aproximadamente, en las instalaciones de la Discoteca.
36. Tampoco constituye un hecho controvertido que la Discoteca -como señaló en sus descargos- impidió el ingreso a la parte denunciante y a sus acompañantes; de allí que esta Sala, "a primera vista" observa que la parte denunciante fue objeto de un trato desigual frente a los demás clientes, por lo que corresponde -en el desarrollo de la presente resolución- verificar si el mismo obedecía a razones objetivas y justificadas o, por el contrario, a un acto discriminatorio en contra del consumidor.
37. Dicho lo anterior, la materia controvertida gira en torno a determinar, o bien si la parte denunciante fue víctima de discriminación, o si la negativa de ingreso respondía a razones justificadas u objetivas, dado que el proveedor -en su defensa- alegó que dicha negativa obedecía al presunto estado ético de la parte denunciante, así como por anteriores disturbios que habría protagonizado en su establecimiento.
38. Ahora bien, corresponde traer a colación el contenido del video presentado por la parte denunciante en relación con el hecho ocurrido el 14 de enero de 2018²⁰, el mismo que no ha sido desconocido ni cuestionado por la Discoteca, pues incluso la denunciada ha sustentado su defensa en algunos fragmentos de la conversación sostenida en el video.
39. En efecto, dicho video contiene un diálogo entre: (i) la parte denunciante, y las personas que la habrían acompañado el día de ocurrido el presunto trato discriminatorio (Gustavo Jesús Luque Rengifo y Eduardo Arturo Callirgos Cortez); y, (ii) el personal de seguridad de la Discoteca; el mismo que contiene el siguiente tenor:

"Parte denunciante: ¿Quién es usted?"

Personal de seguridad: Soy un trabajador, también de seguridad. Soy de seguridad, también.

(Ininteligible)

Parte denunciante: Usted está discriminando a las personas.

²⁰ Ver CD obrante en la foja 52 del expediente.
M-SPC-13/1B



Personal de seguridad: Yo no estoy discriminando a nadie.

Parte denunciante: ¿Entonces?

Personal de seguridad: Lo que pasa es que nosotros recibimos una orden.

Parte denunciante: ¿Una orden de qué? entonces el dueño es el que discrimina a las personas.

Personal de seguridad: Nosotros nos reservamos el derecho de admisión.

Parte denunciante: Nada que derecho de admisión, por qué las personas, ustedes discriminan a las personas, que por ser homosexuales no podemos entrar a un lugar.

Acompañante de parte denunciante: ¿Derecho de admisión por qué señor?

¿Cuál es el derecho de admisión?

Personal de seguridad: Nos reservamos el derecho de admisión.

Parte denunciante: Pero ¿por qué? ¿Usted conoce las leyes, usted conoce las leyes que en todo lugar...?

Acompañante de parte denunciante: ¿Por qué, a quién, a los homosexuales, sabe lo que usted está diciendo?

(Ininteligible)

Parte denunciante: No, pero usted, aparte que nos agreden, nos insultan, aparte de eso no nos dejan entrar a un lugar que nosotros queremos entrar a divertirnos, este lugar antes ha sido de homosexuales, aquí han entrado, ¿y ahora qué cosa? ¿Cuál es el problema del dueño, que es homofóbico, o que se volvió homofóbico ahora?

Acompañante de parte denunciante: A otras personas han dejado entrar y ahora no nos pueden dejar entrar, ¿cuál es el problema dígame usted?

Personal de seguridad: Lo único que le digo es que estoy cumpliendo mi trabajo, (ininteligible).

Acompañante de parte denunciante: El problema no va a ser para usted, va a ser para el dueño.

Personal de seguridad: Por eso te digo, estamos haciendo nuestro trabajo, comprendan nuestro trabajo.

Acompañante de parte denunciante: ¿Qué cosa es lo que le ha dicho el dueño? Que no dejen entrar a los homosexuales.

Personal de seguridad: Nos reservamos el derecho de admisión, de verdad yo a ustedes los conozco más o menos, pero (Ininteligible)

Acompañante de parte denunciante: No me reconoce señor, usted sabe con quién está hablando.

Personal de seguridad: No disculpe, por eso, aparte le digo disculpe.

Acompañante de parte denunciante: (ininteligible) Europa, y yo pertenezco en Lima, a una asociación, por eso le digo usted no sabe con quién está tratando en este momento, entiende, nosotros no estamos desamparados, hay una ley, no está hablando con cualquier persona. Nosotros nos estamos viniendo a divertir.

Parte denunciante: Y además nosotros somos unos seres humanos y somos personas como tú, como cualquiera...

Personal de seguridad: Yo los entiendo, yo los entiendo.

Parte denunciante: Entonces por qué no nos dejas entrar.

Personal de seguridad: Porque es nuestro trabajo.



Parte denunciante: El dueño es el que no quiere entrar, ¿cómo se llama el dueño?

Personal de seguridad: No sé, no sabemos.

Parte denunciante: Tú no sabes el nombre del dueño, ¿quiere decir que tú lo tapas al dueño?

Personal de seguridad: Yo soy nuevo, por eso, yo soy nuevo.

Acompañante de parte denunciante: Bueno, es el dueño de la Discoteca que estamos viniendo acá, Chira's Pub Resto, aquí en Sullana, Piura, hay una discriminación que no dejan entrar a los homosexuales, que no permiten.

Parte denunciante: ¿Qué cosa es esto, esto qué cosa es? Un antro de qué, de que a todo el mundo qué, ¿ustedes son homofóbicos? nosotros somos seres humanos igual que ustedes."

40. Al respecto, habiendo verificado el contenido de dicha conversación, este Colegiado -al igual que la Comisión- considera que la parte denunciante ha presentado un elemento probatorio que da cuenta de un trato discriminatorio brindado por la Discoteca, a propósito de su condición de transgénero; ello, debido a que: (i) en reiteradas oportunidades la parte denunciante, y su acompañante, increparon al personal de seguridad acerca de los motivos por los cuales no se les permitió el ingreso, cuestionamientos ante los cuales dicho personal únicamente alegaba el cumplimiento de una "orden" y que se "reservaban el derecho de admisión"; y, (ii) en diversos fragmentos de la conversación, se aprecia el reclamo de la parte denunciante pues la Discoteca le negaba el ingreso por ser homosexual, hecho que no fue discutido ni negado por el personal de seguridad.
41. Ahora bien, pese a que la Discoteca señaló en su defensa que dicha negativa habría obedecido al presunto estado étlico de la parte denunciante, así como por anteriores disturbios que habría protagonizado en su establecimiento; lo cierto es que no obra en el expediente medio probatorio alguno, que permita demostrar y/o acreditar dicha afirmación; y, sobre todo, ante los constantes reclamos y preguntas acerca de los motivos por los cuales se les negaba el ingreso, el personal de seguridad, lejos de señalar que se debía a dichas razones (presunto estado étlico y supuestos disturbios previos), alegaba el cumplimiento de una "orden" y la "reserva del derecho de admisión".
42. Asimismo, si bien obran en el expediente declaraciones efectuadas a la Fiscalía por parte Lucas Aranibar Delgado y Mayra Fabiola Figueroa Maldonado²¹, en las cuales se alegaba el presunto estado étlico de la parte denunciante y los supuestos disturbios previos, lo cierto es que dichas testimoniales en realidad constituyen declaraciones de parte que no generan convicción en esta instancia, de que ello haya ocurrido así, pues el primero

²¹ Ver fojas 138 a 144 del expediente.



de ellos (Lucas Aranibar Delgado) era la persona que arrendaba a la Discoteca el inmueble donde se ubicaba el establecimiento, y la segunda persona (Mayra Fabiola Figueroa Maldonado) era la cajera del establecimiento denunciado.

43. Aunado a ello, pese a señalar que presuntamente la negativa obedecería al supuesto estado de ebriedad de la parte denunciante y sus acompañantes, lo cierto es que, de una valoración integral del audio reproducido previamente, no se advierte ningún tipo de indicio acerca de dicha presunta ebriedad, pues, por el contrario, se aprecia claramente que expresaron sus reclamos e indignación de manera lúcida y sobria.
44. En ese orden de ideas, toda vez que no quedaron acreditados los presuntos disturbios previos que habría protagonizado la parte denunciante, así como su supuesto estado de ebriedad, este Colegiado advierte que la versión de la Discoteca no cuenta con un sustento que justificaría la negativa de ingreso propiciada el 14 de enero de 2018.
45. Asimismo, si bien la denunciada ha reproducido algunos fragmentos de la conversación sostenida entre su personal de seguridad y la parte denunciante (y sus acompañantes), dichos extractos, valorados en conjunto con los demás diálogos de la conversación, no hacen más que reafirmar que la negativa de ingreso por parte de la Discoteca, no encontró justificación alguna más que por la condición de transgénero de la parte denunciante.
46. Finalmente, corresponde desestimar los cuestionamientos de la denunciada acerca de la presunta parcialización y subjetividad de los miembros de la Comisión, y la presunta vulneración del derecho a la prueba y Debido Procedimiento, pues la resolución impugnada se encontró debidamente motivada, considerándose todos los medios probatorios que obraban en el expediente y alegatos vertidos a lo largo del procedimiento.
47. En mérito de lo expuesto, siguiendo la lógica de lo dispuesto en los artículos 38° y 39° del Código, atendiendo al medio probatorio aportado por la parte denunciante respecto de la discriminación sufrida, y considerando que la Discoteca no ha desvirtuado su responsabilidad por el hecho infractor, este Colegiado concluye que la negativa de ingreso al establecimiento comercial no obedecía a una razón distinta de la condición de transgénero de la parte denunciante.
48. Por lo tanto, al no ser una razón justificada u objetiva, corresponde confirmar la recurrida en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Discoteca por infracción de los artículos 1.1° literal d) y 38° del Código.



Sobre la graduación de la sanción

49. El artículo 112° del Código establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Comisión debe atender al beneficio ilícito esperado con la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, el daño resultante de la infracción, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar²².
50. A efectos de graduar la sanción a imponer, el TUO de la LPAG, recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa el Principio de Razonabilidad²³, según el cual la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones, siendo que las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, precisando que el fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas²⁴.

²² **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.** Al graduar la sanción, el órgano resolutivo puede tener en consideración los siguientes criterios:

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

(...).

²³ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 248°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

²⁴ A efectos de graduar la sanción a imponer, el TUO de la LPAG recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa el de razonabilidad, según el cual la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones.



51. En el presente caso, la Comisión sancionó a la Discoteca con una multa de 25 UIT por la infracción cometida, tras considerar que: (i) la probabilidad de detección de la misma era baja; (ii) la conducta infractora ocasionó un grave perjuicio no patrimonial en la parte denunciante, consistente en el daño moral causado, habiendo mellado su dignidad como persona humana al discriminarla por su condición de transgénero; y, (iii) el daño resultante de la conducta infractora era de gran importancia, pues incidió directamente en la dignidad de la parte denunciante y vulneró derechos tan fundamentales como el derecho a no ser discriminado, a un trato justo y equitativo, a la paz y tranquilidad, a contratar con fines lícitos, y al libre desarrollo de su personalidad.
52. Asimismo, la Comisión -pese a considerar que correspondía imponer una multa de 50 UIT- en virtud de la condición de la Discoteca como “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.)”, y en tanto no contaba con establecimientos anexos, graduó la sanción a una multa de 25 UIT.
53. En su recurso de apelación, la Discoteca manifestó que debía considerarse que su empresa era una microempresa, de acuerdo al documento adjuntado a su impugnación.
54. Al respecto, si bien la Discoteca adjuntó un documento que demostraría su acreditación de Micro Empresa²⁵, lo cierto es que el mismo tiene fecha de expedición 8 de mayo de 2018, luego de ocurrido el hecho denunciado, y de manera posterior a la interposición de la presente denuncia, por lo que corresponde desestimarlos.
55. Asimismo, los ingresos presentados por la denunciada en su apelación²⁶ en realidad obedecen a la declaración jurada de la renta mensual correspondiente únicamente al periodo abril 2018, por tal motivo, corresponde desestimar la pertinencia de dicha prueba, en tanto no demuestra ni acredita algún tipo de confiscatoriedad en la sanción impuesta.
56. Ahora bien, esta Sala comparte los argumentos esgrimidos por la Comisión, pues la infracción cometida por la Discoteca ocasionó graves perjuicios a la parte denunciante, ya que atentó contra su dignidad y su derecho a no ser discriminada por su condición de transgénero al impedirle el ingreso a su establecimiento, restricción que no respondió a causas objetivas o justificadas, como pudo ser el discutido -pero no probado- estado ético del consumidor, o presuntos disturbios previos.

²⁵ Ver foja 145 del expediente.

²⁶ Ver información confidencial obrante a fojas 146 a 152 del expediente.



57. En efecto, no se trató de cualquier infracción, sino de una dirigida a vulnerar uno de los derechos fundamentales y más importantes recogidos por la Constitución Política del Perú, como es el derecho a no ser discriminado, por lo que su gravedad debe ser tomada en cuenta, de cara a la sanción a adoptar.
58. Además, la infracción cometida por la Discoteca, ocasionó también serios daños en el mercado, dado que frustra las expectativas de los consumidores en relación a un derecho que debe ser observado y respetado por los proveedores, en el marco del ofrecimiento de sus productos y servicios. De allí que corresponde, dada la gravedad de la situación, sancionar a la Discoteca con una multa proporcional a la infracción detectada.
59. Por ello, esta Sala considera que la multa impuesta a la denunciada no se encuentra acorde con la gravedad de la conducta infractora verificada, debiendo haber correspondido una sanción de 50 UIT; no obstante, el artículo 258°.3 del TUO de la LPAG, regula la prohibición de la reforma peyorativa, el cual impide la imposición de sanciones más graves para el sancionado cuando haya sido este quien impugne la resolución adoptada²⁷.
60. Por lo tanto, corresponde confirmar la resolución recurrida en el extremo que sancionó a la Discoteca con una multa de 25 UIT por la infracción detectada.

Sobre la medida correctiva

61. El artículo 114° del Código establece la facultad que tiene el Indecopi para dictar, a pedido de parte o de oficio, medidas correctivas reparadoras y complementarias a favor de los consumidores²⁸.
62. La finalidad de las medidas correctivas reparadoras, establecidas en el artículo 115° del Código, es resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa, mientras que las complementarias, señaladas en el artículo 116° del Código,

²⁷ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 258°.- Resolución.**
(...) 258.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

²⁸ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 114°.- Medidas correctivas.**
Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias.
Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.



tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que en el futuro, esta se produzca nuevamente²⁹.

63. En el presente caso, la Comisión ordenó a la Discoteca, en calidad de medida correctiva que, inmediatamente después de notificada la resolución, cese la aplicación de tratos discriminatorios en contra de la parte denunciante.
64. Atendiendo a los argumentos expuestos y teniendo en cuenta que la Discoteca no ha fundamentado sus cuestionamientos a la recurrida en relación con la mencionada medida correctiva; más allá de la alegada ausencia de la conducta infractora -desvirtuada precedentemente-, este Colegiado asume como propias las consideraciones de la resolución apelada sobre dicho extremo, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° del TUO de la LAPG³⁰; en consecuencia, corresponde confirmarlo.
65. Sin perjuicio de lo anterior, habiendo quedado acreditado que la Discoteca incurrió en actos discriminatorios en contra de la parte denunciante, la Sala, a efectos de que aquella infracción no ocurra a futuro, considera que corresponde ordenar de oficio a la denunciada, en calidad de medidas correctivas, que en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles de notificada la presente resolución, cumpla con³¹:

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

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

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

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

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

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

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

(...).

³⁰ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo.**

(...)

6.2 Puede motivarse mediante la 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. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

³¹ Conforme a pronunciamientos anteriores de la Sala donde se verificó la misma infracción. A modo de ejemplo, pueden verse las Resoluciones 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre de 2015 y 0628-2018/SPC-INDECOPI del 26 de marzo de 2018.



- (i) Capacitar a su personal, dependiente y/o contratado, sobre la prohibición de discriminar a los consumidores, establecida en el Código; y,
- (ii) colocar un cartel en la parte exterior del establecimiento inspeccionado, y demás locales del proveedor si los hubiere, con el siguiente mensaje: “Este establecimiento está prohibido de discriminar a sus consumidores por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género o cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, si una persona advierte que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a denunciar ello ante el Indecopi conforme a la norma citada precedentemente”.

66. En tal sentido, se informa a la Discoteca que deberá presentar a la Comisión los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas ordenadas, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles contado a partir del vencimiento del plazo otorgado para tal fin; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° del Código³². De otro lado, se informa a la parte denunciante que -en caso se produzca el incumplimiento de los mandatos- deberá comunicarlo a la Comisión, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva, conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI³³.

³² **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 117°.- Multas coercitivas por incumplimiento de mandatos.**

Si el obligado a cumplir con un mandato del Indecopi respecto a una medida correctiva o a una medida cautelar no lo hace, se le impone una multa coercitiva no menor de una (1) Unidad Impositiva Tributaria, tratándose de una microempresa; en todos los otros supuestos se impone una multa no menor de tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

En caso de persistir el incumplimiento de cualquiera de los mandatos a que se refiere el primer párrafo, el órgano resolutorio puede imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta hasta el límite de doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). La multa que corresponda debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencido el cual se ordena su cobranza coactiva. No cabe la impugnación de las multas coercitivas previstas en el presente artículo.

³³ **RESOLUCIÓN 076-2017-INDECOPI/COD. Aprueban Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI denominada “Directiva que regula los procedimientos en materia de protección al consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”. 4.8. De las medidas correctivas.**

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

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

En caso se produzca el incumplimiento del mandato, el beneficiado deberá comunicarlo al órgano resolutorio de primera instancia, el cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la presente Directiva.



67. Finalmente, teniendo en cuenta la gravedad de la discriminación en el consumo, como la detectada en el presente caso, así como las facultades legales expuestas precedentemente, este Colegiado exhorta a las Comisiones, cuando determinen responsabilidad administrativa por la infracción antes señalada, a siempre evaluar la pertinencia de ordenar medidas correctivas (de oficio o a pedido de parte según corresponda) dirigidas a que se capaciten y sensibilicen a los empleados de los proveedores contra la discriminación y a que se informen a los consumidores sobre sus derechos, de modo similar a lo establecido en la presente resolución.
68. Ello, en tanto mediante estas medidas -adicionalmente a la sanción- el Indecopi cumple de modo más efectivo con uno de sus deberes establecidos en el Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, esto es, proteger a los consumidores frente a la discriminación en el consumo y, asimismo, evitar la ocurrencia de esta práctica³⁴. En tal sentido, se encarga a la Secretaría Técnica de la Sala que circule esta resolución con las Comisiones, a fin de trasladar la exhortación antes señalada.

Sobre la condena al pago de las costas y costos, y la inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi

69. Atendiendo a los argumentos expuestos, y considerando que la Discoteca no ha fundamentado sus cuestionamientos a la recurrida en relación con dichos extremos, más allá de la alegada ausencia de responsabilidad -desvirtuada precedentemente- este Colegiado asume como propias las consideraciones de la resolución apelada sobre dichos extremos, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° del TUO de la LPAG³⁵. En consecuencia, corresponde confirmarlos.

³⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 2°.- Funciones del INDECOPI.** 2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:
(...)
d) Proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo.

Artículo 27°.- De la Comisión de Protección al Consumidor.- Corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor y de las leyes que, en general, protegen a los consumidores de la falta de idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada, de las omisiones de información y de la discriminación en el consumo, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

³⁵ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo.**
(...)
6.2 Puede motivarse mediante la 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. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.



RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU del 4 de julio de 2018, emitida por la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por Ervin Raúl Torres Farfán contra Chira's E.I.R.L. por infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado un acto discriminatorio en perjuicio de la parte denunciante, al negarle el ingreso al establecimiento comercial debido a su condición de transgénero.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU en el extremo que sancionó a Chira's E.I.R.L. con una multa de 25 UIT por la infracción cometida.

TERCERO: Requerir a Chira's E.I.R.L. el cumplimiento espontáneo del pago de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 205° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS³⁶, precisándose además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento.

CUARTO: Confirmar la Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU en el extremo que ordenó a Chira's E.I.R.L., en calidad de medida correctiva, que inmediatamente después de notificada la resolución, cese la aplicación de tratos discriminatorios en contra de la parte denunciante.

QUINTO: Ordenar a Chira's E.I.R.L., como medidas correctivas de oficio, que en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles de notificada la presente resolución, cumpla con:

- (i) Capacitar a su personal, dependiente y/o contratado, sobre la prohibición de discriminar a los consumidores, establecida en la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; y,
- (ii) colocar un cartel en la parte exterior del establecimiento inspeccionado, y demás locales del proveedor si los hubiere, con el siguiente mensaje: "Este establecimiento está prohibido de discriminar a sus consumidores por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género o

³⁶ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 205°.- Ejecución forzosa.

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

(...)

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



cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, si una persona advierte que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a denunciar ello ante el Indecopi conforme a la norma citada precedentemente”.

Se informa a Chira's E.I.R.L. que deberá presentar a la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas ordenadas, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles contado a partir del vencimiento del plazo otorgado para tal fin; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. De otro lado, se informa a Ervin Raúl Torres Farfán que -en caso se produzca el incumplimiento de los mandatos- deberá comunicarlo a la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva, conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI.

SEXTO: Confirmar la Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU en el extremo que condenó a Chira's E.I.R.L. al pago de las costas y costos del procedimiento.

SÉPTIMO: Confirmar la Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU en el extremo que dispuso la inscripción de Chira's E.I.R.L. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

Con la intervención de los señores vocales Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Roxana María Irma Barrantes Cáceres, Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio y Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Vicepresidente