



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



Firmado digitalmente por VILLA
GARCIA VARGAS Javier Eduardo
Raymundo FAU 20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 24.01.2022 10:54:33 -05:00

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

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

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : XXXX
(CON NOMBRE SOCIAL XXXX)
HIPERMERCADOS TOTTUS S.A.

DENUNCIADA : DISCRIMINACIÓN

MATERIAS : NULIDAD
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
VENTA AL POR MENOR EN COMERCIOS

ACTIVIDAD : NO ESPECIALIZADOS CON PREDOMINIO DE LA
VENTA DE ALIMENTOS, BEBIDAS O TABACO

SUMILLA: *Se confirma la resolución venida en grado, que declaró fundada la denuncia interpuesta por XXXX contra Hipermercados Tottus S.A. por infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto quedó acreditado que la denunciada discriminó a la parte denunciante, al negarle el ingreso a la hiperbodega Precio Uno, debido a su identidad de género.*

Asimismo, se declara la nulidad de la resolución venida en grado, en el extremo que sancionó a Hipermercados Tottus S.A. con una multa de 5 UIT por infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la medida que no se ha fundamentado debidamente la misma. En consecuencia, se dispone que la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 emita un nuevo pronunciamiento sobre la sanción aplicable a Hipermercados Tottus S.A., de conformidad con las consideraciones expresadas en la presente resolución.

Lima, 17 de enero de 2022

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 11 de enero de 2021, XXXX, con nombre social XXXX (en adelante, la parte denunciante) denunció a Hipermercados Tottus S.A.¹ (en adelante, Tottus) por presuntas infracciones de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), manifestando lo siguiente:

¹ Identificada con RUC 20508565934 y con domicilio fiscal ubicado en Av. Angamos Este Nro. 1805 Int. P10 (Piso 10 Of 5 y Piso 11 Of 6a) Lima - Lima - Surquillo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

- (i) El 4 de abril de 2020, el personal de seguridad de la hiperbodega² Precio Uno, perteneciente a Tottus, le prohibió el ingreso a sus instalaciones por su condición de XXXX;
 - (ii) personal de dicho establecimiento le solicitó su Documento Nacional de Identidad (en adelante, DNI) para permitirle el ingreso, siendo que solo pudo ingresar al establecimiento en cuestión cuando intervino un agente policial;
 - (iii) procedió a interponer un reclamo en el Libro de Reclamaciones de la denunciada; por lo que, días después, con motivo de lo sucedido, Tottus se comunicó con ella para otorgarle un vale de compras por un monto ascendente a S/ 100,00;
 - (iv) si bien aceptó dicho vale, indicó al personal de Tottus que no dejaría de efectuar su denuncia ante el Indecopi; y,
 - (v) por lo expuesto, solicitaba una carta de disculpas públicas y una sanción a Tottus.
2. Mediante Resolución 1 del 9 de febrero de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Secretaría Técnica de la Comisión) admitió a trámite la denuncia antes mencionada contra Tottus por presunta infracción de los artículos 1°.1, literal d), y 38° del Código, en tanto el proveedor denunciado habría prohibido el ingreso a la parte denunciante a la hiperbodega Precio Uno, debido a su condición sexual.
 3. En sus descargos, Tottus señaló que la parte denunciante no había probado que su personal le hubiera negado el ingreso a su establecimiento; por el contrario, esta había podido ingresar e, incluso, formular su reclamo en contra de su empresa.
 4. El 24 de mayo de 2021, Tottus comunicó a la Comisión que ofrecía a la parte denunciante como propuesta conciliatoria una capacitación a su personal en temas de discriminación.
 5. El 18 de junio de 2021, la parte denunciante presentó un escrito, manifestando que:
 - (i) La propuesta conciliatoria de Tottus significaba un reconocimiento implícito del hecho denunciado, lo cual debía ser tomado en cuenta como una declaración asimilada, según el artículo 221° del Código Procesal Civil;
 - (ii) en la hoja de reclamación que adjuntó a su denuncia, se podía apreciar que el personal de Tottus consignó *“se dará respuesta en el plazo*

² Cabe indicar que, si bien la parte denunciante indicó que dicho establecimiento era un supermercado, de la revisión de la página *web* de la empresa, se advierte que este corresponde a una hiperbodega.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

- según ley y se solicita las disculpas de parte del área administrativa SAC”;*
- (iii) asimismo, era importante considerar que la denunciada, a través de sus abogados, trató de buscar una conciliación por sumas irrisorias de S/ 1 000,00, S/ 2 500,00 y S/ 6 000,00; y,
 - (iv) por su parte, su contrapuesta conciliatoria era que Tottus le hiciera entrega de un monto ascendente a S/ 100 000,00 por el daño moral y psicológico causado a su persona.
6. El 11 de agosto de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión trasladó a las partes el Informe Final de Instrucción del procedimiento.
 7. El 23 de agosto de 2021, la parte denunciante presentó sus descargos al referido Informe Final de Instrucción, indicando lo siguiente:
 - (i) En casos similares, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) había sancionado a los proveedores con multas ascendentes a 50 UIT;
 - (ii) la Comisión debía tener en cuenta la reincidencia de la conducta infractora por parte de Tottus como un factor agravante al momento de graduar la sanción; y,
 - (iii) la Comisión debía disponer como medida correctiva que Tottus le pagara el monto que correspondiera por el daño causado a su persona y a la sociedad, tomando como base su propuesta conciliatoria de S/ 100 000,00.
 8. En la misma fecha, Tottus presentó sus descargos al mencionado Informe Final de Instrucción, alegando que:
 - (i) Al momento que sucedieron los hechos se encontraban vigentes las disposiciones de emergencia dictadas por el gobierno central que restringían el libre tránsito de las personas según su sexo, siendo que los hombres podían circular los lunes, miércoles y viernes, mientras que las mujeres los martes, jueves y sábados;
 - (ii) adicionalmente, el gobierno central había determinado que las personas debían circular portando su DNI y, en caso correspondiera, su pase laboral;
 - (iii) en ese contexto, el personal de la empresa le solicitaba a sus clientes que presentaran su DNI para poder ingresar al local, tal como lo hizo con la parte denunciante; sin embargo, esta malinterpretó ese hecho con una negativa de entrada al establecimiento;
 - (iv) nunca negó el ingreso de la parte denunciante; por el contrario, esta pudo ingresar a interponer su reclamo;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

- (v) en la hoja de reclamación, su representante no asumió su responsabilidad al pedir las disculpas del caso, sino que solo dejó constancia que el denunciante había solicitado ello;
 - (vi) el vale de consumo entregado a la parte denunciante solo había atendido a una política interna para fidelizar a sus clientes;
 - (vii) en ninguno de los correos electrónicos enviados a la parte denunciante había aceptado lo sucedido, sino que solo había manifestado su ánimo conciliatorio a fin de evitar una controversia legal ante el Indecopi;
 - (viii) guardaban los videos de sus cámaras de vigilancia por un (1) mes, salvo que se tratara de algún delito o falta (periodo en el que dicha conservación se extendía), lo cual no había sucedido en el presente caso;
 - (ix) era justamente la Secretaría Técnica quien incurría en actos de discriminación al llamar a la parte denunciante como “XXXX” o “parte denunciante” cuando esta era una XXXX; y,
 - (x) en el supuesto negado que la autoridad decidiera sancionarlos, debía considerar como un factor atenuante las diversas propuestas conciliatorias que habría ofrecido a la parte denunciante.
9. Mediante Resolución 1365-2021/CC2 del 17 de setiembre de 2021, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Comisión) emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Declaró fundada la denuncia contra Tottus por infracción de los artículos 1°.1, literal d), y 38° del Código, en tanto quedó acreditado que el proveedor denunciado prohibió el ingreso a la parte denunciante a la hiperbodega Precio Uno, debido a su identidad de género;
 - (ii) ordenó a Tottus, en calidad de medidas correctivas complementarias, que en el plazo de quince (15) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la resolución, cumpliera con:
 - remitir a la parte denunciante una carta de disculpas por los hechos ocurridos el 4 de abril de 2020; y,
 - brindar una capacitación a su personal, a fin de que tomara conciencia y cesaran las prácticas discriminatorias contra sus clientes;
 - (iii) sancionó a Tottus con una multa de 5 UIT;
 - (iv) condenó a Tottus al pago de las costas y costos del procedimiento; y,
 - (v) dispuso la inscripción de Tottus en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi (en adelante, RIS).
10. El 19 de octubre de 2021, Tottus apeló la Resolución 1365-2021/CC2, reiterando los argumentos expuestos en sus descargos al Informe Final de Instrucción.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

ANÁLISIS

I. Sobre la prohibición de discriminación en el consumo

- Nociones preliminares y marco legal nacional y supranacional sobre la discriminación

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

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

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

12. Por su parte, en la Sentencia del 24 de febrero de 2012, emitida en el marco del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH) señaló lo siguiente³:

“(…)

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

³ En esa oportunidad, se indicó que la inclusión del término “otra condición social” expuesto en el artículo 1.1 de la Convención, permitía incorporar a otras categorías, como protegidas frente a actos discriminatorios:

“(…)

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

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

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

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

“(…)”.

[Subrayado agregado].



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

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 incursos 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, la CIDH 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 párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la 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 proscribe 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].



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

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 citado⁴.
15. El Tribunal Constitucional, con relación a la identidad de género -a propósito del caso de Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga quien interpuso un recurso de amparo contra la resolución de Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto por haber revocado la resolución de primera instancia que declaró fundada su pretensión sobre cambio de nombre- estableció que por dicha figura se entiende *“al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como "hombre" o "mujer", es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad”*⁵.
16. A nivel internacional, respecto de la noción de *identidad de género*, resulta conveniente 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 con relación a la 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:

⁴ 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 sólo 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.

⁵ **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 21 DE OCTUBRE DE 2016. RODOLFO ENRIQUE ROMERO SALDARRIAGA CONTRA REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL. EXPEDIENTE 06040-2015-PA-TC.** Párrafo 14 de dicho pronunciamiento.

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**



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

“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

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). Pp. 15-20.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

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.

I) 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].*

17. La Corte, cabe 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”*.

- La figura de discriminación en el Código

18. En materia de protección al consumidor, el artículo 1º.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 índole⁸.

19. Asimismo, el artículo 38º del Código establece que los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen, así como de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento, tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas⁹.

⁷ Op. Cit. P. 49

⁸ **LEY 29571 MODIFICADA POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1308 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 2016. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1º.- Derechos de los consumidores.**

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

(...)

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

(...).

⁹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Artículo 38º.- 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

20. Si bien diversos órganos resolutivos del Indecopi han interpretado en el pasado que del artículo 38° del Código podían desprenderse dos conductas diferentes, el trato diferenciado ilícito y la discriminación, lo cierto es que la categorización binaria establecida a nivel jurisprudencial ha sido revisada por la Sala y, en atención a que el artículo 2° de la Constitución y el artículo 38° del Código no realizan una diferenciación de carácter normativo entre trato diferenciado y discriminación, el Colegiado ha considerado pertinente reevaluar el criterio empleado y, consecuentemente, sostener que el tipo infractor contenido en el citado artículo 38° debe ser entendido como una única figura jurídica que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad y que se materialice a través de un trato discriminatorio hacia los consumidores¹⁰.
21. De este modo, conforme a lo desarrollado en la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2019, la Sala ha establecido un cambio de criterio con relación al modo en el que deben analizarse las conductas donde exista un trato desigual que no se encuentre justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastará para configurar un acto discriminatorio, debiendo imputarse dichas acciones del proveedor, independientemente de la causa que origine el trato desigual, como una infracción a la prohibición de discriminación en el consumo contenida en el artículo 38° del Código.
22. Es importante recalcar que el razonamiento planteado en este pronunciamiento no implica desconocer que existen actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que es posible que se configure un trato desigual que implique un mayor grado de afectación a la dignidad de una persona (por ejemplo, en casos donde la discriminación se origine por temas vinculados a raza, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual deberá ser meritado al momento de graduar la sanción que corresponda imponer contra el proveedor infractor.
23. La presente interpretación parte de entender que el cumplimiento del deber establecido en el artículo 38° del Código busca proteger el derecho de los consumidores a que se les brinde servicios o se les proporcione productos sin tratos desiguales, más allá de las condiciones que objetivamente resulten

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.

¹⁰ Esta es la línea interpretativa que ha establecido el propio Tribunal Constitucional en un Pleno Jurisdiccional (Expediente 0048-2004-PI/TC, José Miguel Morales Dasso y más de cinco mil ciudadanos), que con sentencia del 1 de abril de 2005 ha explicado que: *"En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable"*.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

necesarias para el cabal cumplimiento de las prestaciones a cargo del proveedor. Así, la prohibición de discriminación en el consumo prevista en el Código sanciona el comportamiento del proveedor dirigido a negar, diferir o limitar el acceso de bienes y servicios a los consumidores, así como la realización de selección de clientela o exclusión de personas, sin que medien causas de seguridad del establecimiento, de tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas, entendiéndose que todas estas prácticas vulneran el derecho a la igualdad.

24. Asimismo, el criterio interpretativo adoptado por este Colegiado a partir del pronunciamiento mencionado anteriormente es acorde con las reglas probatorias determinadas por el legislador peruano para los casos de discriminación en el consumo, previstas en el artículo 39° del Código, el cual señala que:

“Artículo 39° - Carga de la prueba

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

25. Por ello, para los casos de procedimientos iniciados por una denuncia de parte, corresponderá al consumidor afectado demostrar la existencia del trato desigual sin que sea necesario que pertenezca a un grupo determinado. Luego de ello, será el proveedor quien deberá acreditar la existencia de una causa objetiva que justifique razonablemente la práctica cuestionada; y, si se supera este nivel probatorio, el denunciante deberá comprobar ante la autoridad que la causa alegada es un pretexto o una simulación para realizar la práctica discriminatoria.
26. De igual modo, en los procedimientos iniciados de oficio corresponderá a la autoridad comprobar la existencia del trato desigual para que, posteriormente, el administrado presuntamente infractor acredite la existencia de una causa objetiva que justifique la práctica analizada. Finalmente, confirmada esta causa, la autoridad nuevamente deberá demostrar que la causa alegada es un pretexto o una simulación para incurrir en la práctica discriminatoria.
27. De acuerdo con lo expuesto, en consonancia con el cambio de criterio definido por este Colegiado, el artículo 39° del Código no realiza ninguna



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

diferenciación en los niveles de gravedad de una práctica discriminatoria; y, por ende, los órganos resolutores de protección al consumidor, al momento de analizar un trato desigual por parte de los proveedores, deberán ceñirse a las reglas probatorias reseñadas para verificar la comisión de la conducta infractora. Una vez comprobada dicha conducta, podrán determinar el nivel de gravedad de la misma al momento de graduar la sanción y, de ser el caso, aplicar una sanción más drástica en función de la práctica discriminatoria acreditada.

28. Así, resulta necesario resaltar que, tal como reconoce la propia dinámica probatoria establecida en el Código para este tipo de infracciones, en los casos de prácticas discriminatorias es posible admitir indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios para acreditar las conductas denunciadas.
29. 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.
30. 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.
31. Negar la utilización de estos sucedáneos es negarle a la autoridad administrativa la posibilidad de efectuar un razonamiento lógico, posibilidad que está claramente admitida en el artículo 39° del Código antes mencionado, el mismo que se alinea con el señalado en el Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos en materia de protección al consumidor.
32. 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.
33. En este punto, conviene resaltar que el razonamiento antes expuesto ha sido aplicado en reiterados pronunciamientos emitidos por la Sala desde hace varios años. A modo de ejemplo, mediante Resolución 1415-2006/TDC del



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

13 de setiembre de 2006, la Sala emitió pronunciamiento sobre el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor contra Gersur S.A.C. (Discoteca Café del Mar), concluyendo que el proveedor incurría en prácticas discriminatorias por motivo de raza, en tanto se había constatado un impedimento de ingreso al local de una pareja de rasgos mestizos y el efectivo ingreso de una pareja de rasgos caucásicos. Como puede apreciarse, en el referido caso no existió una prueba directa y expresa -como un reconocimiento por parte del proveedor¹¹- que diera cuenta de que las características físicas de la pareja de rasgos mestizos hayan sido los motivos para impedirles el ingreso al establecimiento, sino que se presentaron indicios que razonablemente permitieron inferir dicha conducta.

- Aplicación al caso en concreto

34. En el presente caso, la parte denunciante señaló que, el 4 de abril de 2020, el personal de seguridad de la hiperbodega Precio Uno, perteneciente a Tottus, le prohibió el ingreso a sus instalaciones por su condición de XXXX, solicitándole su DNI para tales efectos Asimismo, agregó que no la dejaron ingresar hasta que intervino un agente policial, quien le permitió interponer su reclamo en el Libro de Reclamaciones de la empresa.
35. La Comisión declaró fundada la denuncia contra Tottus por infracción de los artículos 1°.1, literal d), y 38° del Código, en tanto quedó acreditado que el proveedor denunciado prohibió el ingreso a la parte denunciante a la hiperbodega Precio Uno, debido a su identidad de género.
36. En su motivación, la Comisión explicó que los medios probatorios aportados por la parte denunciante le generaban convicción de que Tottus le había negado el ingreso a su establecimiento debido a su identidad de género. Además, con relación a las restricciones de tránsito que se encontraban vigentes en aquel momento, la Comisión señaló que estas no permitían brindar un trato discriminatorio a las personas, por lo que -de haberse tratado de una confusión- el proveedor debió dejar constancia de ello a través de algún medio probatorio, pero no lo hizo, aun cuando se encontraba en mejor posición para hacerlo.
37. Por su parte, Tottus apeló dicha decisión, reiterando que, en la fecha en la que sucedieron los hechos, se encontraban vigentes las disposiciones de emergencia dictadas por el gobierno central que restringían el libre tránsito

¹¹ Por el contrario, se verificó reconocimientos en los procedimientos iniciados por los señores José Enrique Sánchez Canales y Patrick Michael Finn contra Plaza Hotel E.I.R.Ltda. (Resolución 1507-2013/SPC-INDECOPI del 12 de junio de 2013) y en el procedimiento iniciado por los señores Julio César Lavalle Sotillo y Joustin Dalton Rodríguez Salazar contra Mall Service S.A.C. - Centro Comercial Plaza San Miguel (Resolución 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre de 2015).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

de las personas según su sexo, siendo que los hombres podían circular los lunes, miércoles y viernes, mientras que las mujeres los martes, jueves y sábados. Asimismo, añadió que el gobierno central había determinado que las personas debían circular portando su DNI y, en caso corresponda, su pase laboral. Entonces, explicó que, en ese contexto, el personal de la empresa le solicitaba a sus clientes que presentaran su DNI para poder ingresar al local, tal como lo hizo con la parte denunciante; sin embargo, esta malinterpretó ese hecho con una negativa de entrada al establecimiento. Por ello, aseguró que nunca negó el ingreso de la parte denunciante; por el contrario, esta pudo ingresar a interponer su reclamo.

38. Respecto de los medios probatorios, Tottus enfatizó que, en la hoja de reclamación, su representante no asumió su responsabilidad al pedir las disculpas del caso, sino que solo dejó constancia de que el denunciante había solicitado ello. Asimismo, resaltó que el vale de consumo entregado a la parte denunciante solo había atendido una política interna para fidelizar a sus clientes. De igual forma, dejó constancia que, en ninguno de los correos electrónicos enviados a la parte denunciante, había aceptado lo sucedido, sino que solo había manifestado su ánimo conciliatorio a fin de evitar una controversia legal ante el Indecopi. Por último, explicó que guardaban los videos de sus cámaras de vigilancia por un (1) mes, salvo que se tratara de algún delito o falta (periodo en el que dicha conservación se extendía), lo cual no había sucedido en el presente caso.
39. Adicionalmente, Tottus agregó que, a su criterio, era justamente la Comisión quien incurría en actos de discriminación al llamar a la parte denunciante como "XXXX" o "parte denunciante" cuando esta era una XXXX.
40. De la revisión de los alegatos expuestos por ambas partes del procedimiento y de los actuados en el expediente, este Colegiado advierte que no resulta un hecho controvertido que la presunta conducta infractora ocurrió el 4 de abril de 2020 en un establecimiento perteneciente a Tottus (hiperbodega Precio Uno).
41. Asimismo, tampoco constituye un hecho discutido que ese día el personal de Tottus solicitó a la parte denunciante que mostrara su DNI para poder ingresar al establecimiento.
42. Dicho lo anterior, la materia controvertida en este caso gira en torno a determinar si la parte denunciante fue víctima de discriminación por su identidad de género o si el personal de Tottus le permitió el ingreso al establecimiento, solicitándole su DNI por razones justificadas y objetivas debido a las restricciones de tránsito vigentes a dicha fecha.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

43. Para tales efectos, es preciso dejar constancia que el hecho denunciado contra Tottus involucró una presunta conducta discriminatoria con motivo de la identidad de género de la parte denunciante, quien es una XXXX y no se trataría de una denuncia por restricción de acceso al establecimiento en atención al cumplimiento de una disposición legal, por lo que el presente análisis se enfocará en corroborar si existen pruebas de que la restricción de acceso al establecimiento se basó en que la apariencia femenina de la parte denunciante no coincidía con la información de su DNI y si era necesaria dicha concordancia para permitir su ingreso.
44. Ahora bien, sobre lo sucedido el 4 de abril de 2020, obra en el expediente la Hoja de Reclamación 1-81953357203 de la misma fecha, en la cual la parte denunciante dejó constancia de que la negativa del personal de seguridad de la hiperbodega Precio Uno de dejarla ingresar a sus instalaciones se debió a que era una XXXX, toda vez que su apariencia no coincidía con la información de su DNI sobre su sexo masculino, además de indicarle que “no todas las personas son tan liberales de pensamiento”, lo cual también permitiría afirmar que la negativa se encontraba relacionada a la identidad de género de la parte denunciante. A continuación, se visualiza una imagen del reclamo ante mencionado:

3. DETALLE DE LA RECLAMACIÓN		Reclamo (1)	X	Queja (2)
<p>buenas tarde siendo el día de hoy 04 de abril del 2020 siendo las 1.05 pm pase un momento desagradable ya que fui victima de descriminacion en las instalaciones del supermercado precio uno de chorillos guardia civil, donde el señor manuel vara del area de prevencion <u>no me permitio el ingreso a sus instalaciones por ser una mujer transexual, exigiendome mi dni y afirmando que por ser varon no puedo ingresaer a dichas Instalaciones</u>, se hablo con su jefe de area el señor edgar leo (jefe de seguridad) indicandome que tenia que entender que <u>no todas las personas son tan liberales de pensamiento</u>, la cual quede impactada con su respuesta comprendiendo asi la falta de criterio de dicho personal, exigi que el señor manuel me exigieras unas disculpas y hasta el escrito nunca el area correspondiente hizo lo indicado, creo señores de hipermercados precio uno deberian capacitar bien asu personal ya que han cometido un acto grabisimo el cual viola mis derechos como ciudadana al no respertarme como soy, llegare hasta las ultimas instancias para que de esta forma sea aplique todo el derecho de ley que corresponda gracias</p>				
Pedido del Consumidor:				
QUE SE DESPIDA AL PERSONAL QUE MEDIO UN TRATO INCORRECTO ME REFIERO AL SEÑOR MANUEL VARA Y AL SEÑOR EDGAR LEO				
COMUNICARSE CON MI PERSONA AL [REDACTED] O AL [REDACTED] PREGUNTAR POR [REDACTED]				
		Firma del consumidor		
4. OBSERVACIONES Y ACCIONES ADOPTADAS POR EL PROVEEDOR				
SE DARA RESPUESTA EN EL PLAZO SEGUN LEY Y SE SOLICITA LAS DISCULPAS DEPARTE DEL AREA ADMINISTRATIVA SAC				
		Firma del Proveedor		

45. Asimismo, obra en el expediente, el documento denominado “Constancia de Atención de Reclamo” de fecha 7 de abril de 2020, mediante el cual Tottus dejó constancia de la entrega de un vale de consumo por el importe de S/ 100,00 a la parte denunciante, en atención a los hechos sucedidos el 4 de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

abril del mismo año en la hiperbodega Precio Uno por parte del personal de seguridad del establecimiento, tal como consta en la siguiente imagen:

CONSTANCIA DE ATENCIÓN DE RECLAMO

Conste por el presente documento, la aceptación expresa de atención de reclamo que suscribe el Señor [REDACTED] identificado con DNI [REDACTED] con domicilio en [REDACTED] bajo los siguientes términos:

PRIMERO.- Con fecha 04 de Abril del 2020, el señor [REDACTED] **MORALES** presentó su reclamo [REDACTED] en la tienda Hiperbodega Precio Uno de Guardia Civil, debido a un inadecuado protocolo de atención y servicio por parte del personal de seguridad de puerta.

SEGUNDO.- Luego de las gestiones realizadas por parte de HIPERMERCADOS TOTTUS, sin asumir responsabilidad por lo detallado en este, y con el único fin de atender el reclamo del Señor [REDACTED] en aplicación de su Política de Satisfacción a sus Clientes, procede a realizar la entrega de los siguientes montos: S/. 100.00 (Cien soles) en vales de consumo.

TERCERO.- Por otro lado, el Señor [REDACTED] deja constancia que con la firma del presente documento está aceptando el vale brindado en tienda, por el mal momento que pasó Sin necesidad de dejar en efecto las medidas que tomara ante indecopi por los hechos detallados en el reclamo de fecha 04 de Abril del 2020. Detallado en el primer punto de este documento.

46. De este modo, de la revisión del expediente, esta Sala coincide con la opinión de la primera instancia respecto a que existen indicios suficientes que acreditan que el personal de seguridad de Tottus negó el acceso al establecimiento a la parte denunciante por su identidad de género. Por el contrario, Tottus no ha presentado ningún medio probatorio que contradiga lo manifestado por la parte denunciante o, en su defecto, que corrobore alguna de las alegaciones brindadas en su defensa.
47. En efecto, si bien Tottus indicó que su personal de seguridad había solicitado a la parte denunciante su DNI debido a las restricciones de tránsito vigentes en ese momento -las cuales restringían el libre tránsito de las personas según su sexo-, de la revisión de la norma que impuso dichas restricciones, no se advierte que para su cumplimiento era necesario exigir la presentación del DNI a las personas.
48. Al respecto, conviene traer a colación el Decreto Supremo 057-2020-PCM, Decreto Supremo que modificaba el artículo 3° del Decreto Supremo 051-2020-PCM, que prorrogaba el Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo 044-2020-PCM, cuyo tenor era el siguiente:

“Artículo 1.- Incorporación de numeral 3.8 al artículo 3 del Decreto Supremo N° 051-2020-PCM



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

Incorpórese el numeral 3.8 al artículo 3 del Decreto Supremo N° 051-2020-PCM, que queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 3.- Inmovilización Social Obligatoria

(...)

3.8 Para la adquisición de víveres o productos farmacéuticos, solo está permitido el desplazamiento de una persona por núcleo familiar. Los días lunes, miércoles y viernes únicamente podrán transitar personas del sexo masculino y los martes, jueves y sábados las personas del sexo femenino. Asimismo, el día domingo, la inmovilización social obligatoria es para todos los ciudadanos en el territorio nacional durante todo el día.

Para la aplicación y control de la presente disposición, queda prohibido cualquier tipo de discriminación. (...) (subrayado agregado)

49. Como se observa, la norma bajo comentario no hizo ninguna referencia a la presentación del DNI o algún documento similar para su cumplimiento, sino que solo establecía pautas generales para el desplazamiento ordenado y sin aglomeramientos de las personas que buscaban adquirir víveres o productos farmacéuticos en el contexto del Covid-19.
50. Cabe enfatizar que la finalidad de estas medidas era limitar el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas en el marco del Estado de Emergencia Nacional para lograr una adecuada y estricta implementación de la inmovilización social obligatoria, ya que en aquella época se seguían registrando casos de incumplimiento de las reglas dispuestas por el gobierno para el control y manejo de la pandemia del Covid-19, lo que constituía un riesgo a la salud pública¹², mas no buscaba generar una diferenciación en perjuicio de la comunidad LGBTI.
51. En este punto, es importante destacar que, si bien la norma dispuso de manera general que quedaba prohibido cualquier tipo de discriminación para la aplicación y control de lo dispuesto, en opinión de este Colegiado, dicha expresión resultaba suficiente para asumir que el Decreto Supremo 057-2020-PCM justamente no amparaba en modo alguno cualquier acto discriminatorio contra las personas de la comunidad LGBTI.
52. Inclusive, en el supuesto negado que el Decreto Supremo 057-2020-PCM no hubiera realizado ninguna referencia a la prohibición de discriminación en su aplicación, dicha prohibición de igual forma debía ser cumplida por encontrarse plasmada en la Constitución Política del Perú y demás dispositivos legales que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

¹² Cabe indicar que dichas razones se encuentran en la parte considerativa del propio Decreto Supremo 057-2020-PCM, Decreto Supremo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

53. La opinión antes comentada ha sido compartida por la Defensoría del Pueblo a través del documento denominado “*Situación de personas de especial protección a propósito de la declaratoria de Emergencia Sanitaria*” y el comunicado emitido el 4 de abril de 2020 en su página *web* con relación a los actos de discriminación que había detectado en la aplicación del Decreto Supremo 057-2020-PCM¹³.
54. De este modo, contrariamente a lo señalado por Tottus en su defensa, el gobierno no determinó que para el cumplimiento de las restricciones de tránsito era necesario que las personas circularan portando su DNI, por lo que no resultaba justificado ni razonable que el personal de seguridad del establecimiento de Tottus solicitara a la parte denunciante que presentara algún documento para permitir su ingreso al local, al no encontrarse amparada dicha acción por ninguna disposición vigente en aquella fecha, siendo evidente que bastaba con corroborar que la parte denunciante se identificaba con el sexo femenino.
55. Por otro lado, de existir una malinterpretación de los hechos (como también alegó Tottus en su defensa) y no un impedimento de ingreso de la parte denunciante por su identidad de género, ello pudo ser consignado por el personal de Tottus en respuesta a la Hoja de Reclamación 1-81953357203, tanto en el mismo documento como en la respuesta que habría brindado de manera posterior, lo cual no sucedió.
56. Con relación al reclamo antes mencionado también se debe precisar que el hecho de que la parte denunciante haya podido interponer el mismo no desmiente los hechos narrados en su denuncia respecto a que le negaron el ingreso a la hiperbodega Precio Uno por su identidad de género, toda vez que justamente en el reclamo se dejó constancia de ese hecho, mientras que Tottus no ha logrado acreditar que la parte denunciante pudo ingresar al local con normalidad, luego de que mostrara su DNI por alguna razón justificada.
57. Asimismo, respecto del alegato de Tottus referido a que no había brindado ningún tipo de disculpas a la parte denunciante en la Hoja de Reclamación 1-81953357203, como erróneamente asumió la Comisión para determinar que había reconocido los hechos denunciados en su contra, es preciso señalar que, efectivamente, no se visualiza que el personal de Tottus haya dejado constancia de que brindó algún tipo de disculpas a la parte denunciante en dicha hoja de reclamación.

¹³ Defensoría del Pueblo. *Defensoría del Pueblo: se debe respetar derecho a la identidad de género de personas trans*. Lima, 2020.
<https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-se-debe-respetar-derecho-a-la-identidad-de-genero-de-personas-trans/>
Consulta: 28 de diciembre de 2021



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

58. Ello, pues si bien en la sección de observaciones el personal de establecimiento colocó “SE SOLICITA LAS DISCULPAS DE PARTE DEL ÁREA ADMINISTRATIVA”, dicho texto resulta insuficiente para determinar que ello signifique un reconocimiento de lo sucedido, más aun cuando también podría entenderse que el personal solo se pretendió dejar constancia de que la parte denunciante solicitó las disculpas del caso.

4. OBSERVACIONES Y ACCIONES ADOPTADAS POR EL PROVEEDOR	
SE DARÁ RESPUESTA EN EL PLAZO SEGUN LEY Y SE SOLICITA LAS DISCULPAS DE PARTE DEL AREA ADMINISTRATIVA SAC	 Melissa Martínez S. JEFE DE ALIMENTACIÓN HIPERMERCADO TOTTUS

59. No obstante, más allá de lo consignado en la Hoja de Reclamación con relación a las disculpas, lo cierto es que ese argumento no cambia el análisis antes expuesto sobre el caso, sino que, por el contrario, refuerza la idea de que el personal de Tottus pudo dejar constancia de su posición en el reclamo y no lo hizo.
60. De igual forma, los alegatos de Tottus referidos a que el vale de consumo entregado a la parte denunciante solo era parte de una política interna de fidelización a sus clientes y que los correos electrónicos enviados a esta solo demostraban su ánimo conciliatorio, no contradicen el análisis del presente caso, toda vez que el propio documento denominado “Constancia de Atención de Reclamo” de fecha 7 de abril de 2020, mediante el cual se entregó el vale de consumo, hace alusión a una posible controversia suscitada el 4 de abril del mismo año, lo cual representa un indicio que corrobora lo manifestado por la parte denunciante.
61. Sumado a ello, es importante reiterar que, en ninguno de dichos medios probatorios, Tottus contradujo la versión de la parte denunciante sobre lo sucedido el 4 de abril de 2020 con el personal de seguridad del establecimiento, pese a que pudo hacerlo; por el contrario, las posibles razones que justificaron su actuación recién han sido comunicadas luego de la denuncia, lo cual le resta verosimilitud a su posición.
62. En esa misma línea, se debe indicar a Tottus que, aun cuando no contaba con los videos de las cámaras de vigilancia del 4 de abril de 2020, la autoridad habría podido verificar que no se le negó el ingreso a la parte denunciante al establecimiento a través de los otros medios probatorios aportados al procedimiento, en los que el personal de Tottus tuvo la oportunidad de explicar lo sucedido, pero no lo hizo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

63. Por último, con relación a lo manifestado por Tottus en su apelación referido a que se habría incurrido en actos de discriminación al llamar a la parte denunciante como “XXXX” o simplemente la “*parte denunciante*” cuando esta era una mujer XXXX, corresponde señalar que no se ha desplegado ninguna acción en dicho sentido, ya que la Autoridad Administrativa ha denominado a la parte interesada como tal, en el marco del análisis realizado producto de la controversia.
64. En mérito de lo expuesto, esta Sala considera que corresponde confirmar la resolución venida en grado que declaró fundada la denuncia interpuesta contra Tottus por infracción de los artículos 1°.1, literal d), y 38° del Código, en tanto quedó acreditado que la denunciada discriminó a la parte denunciante, al negarle el ingreso a la hiperbodega Precio Uno, debido a su identidad de género.

II. Sobre las medidas correctivas

65. 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 consumidores¹⁴.
66. Según el artículo 115° del Código, la finalidad de las medidas correctivas reparadoras es resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa, mientras que las complementarias, señaladas en el artículo 116° del Código, tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que en el futuro, esta se produzca nuevamente¹⁵.

¹⁴ **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.

¹⁵ **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.
(...).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

67. En el presente caso, la Comisión ordenó a Tottus, en calidad de medidas correctivas complementarias, que en el plazo de quince (15) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la resolución, cumpliera con:
- Remitir a la parte denunciante una carta de disculpas por los hechos ocurridos el 4 de abril de 2020; y,
 - brindar una capacitación a su personal, a fin de que tomara conciencia y cesaran las prácticas discriminatorias contra sus clientes.
68. Al respecto, considerando que, en su recurso de apelación, Tottus no ha expresado fundamentos adicionales para cuestionar dichas medidas correctivas y teniendo en cuenta que el íntegro de los alegatos expuestos en su recurso ya han sido desvirtuados precedentemente; en virtud de la facultad reconocida en el artículo 6º del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, el TUO de la LPAG)¹⁶, este Colegiado asume como propios los fundamentos de la Comisión sobre dicho extremo, por lo que corresponde tener por confirmada la resolución impugnada al respecto.
69. Sin perjuicio de lo anterior, habiendo quedado acreditado que Tottus incurrió en actos de discriminación contra la parte denunciante y a fin de que aquella infracción no vuelva a ocurrir en el futuro, esta Sala considera conveniente añadir lo siguiente:
- Se precisa que la capacitación contra la discriminación ordenada a Tottus debe:
 - a) enfocarse en el servicio de atención al cliente que brinda dicha empresa como proveedora en el mercado;
 - b) cumplir con brindar una capacitación sobre discriminación a todos los trabajadores que participen en los procesos de diseño y ejecución de las políticas comerciales de atención al cliente o tengan contacto directo con clientes por cualquier canal de atención;
 - c) reflejar el involucramiento de los principales directivos de la empresa (directores, gerentes, jefes o rangos similares) a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos trazados en las labores diarias del personal y la prevención de hechos como los denunciados. Para esto último, Tottus debe adoptar mecanismos internos de

¹⁶ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

- supervisión a través de programas, protocolos, entre otros, que coadyuven a dicho fin; y,
- d) ser impartida por un tercero debidamente capacitado en temas de discriminación (por ejemplo, una institución especializada en derechos humanos) que deberá estructurar los contenidos a impartir en materia de discriminación en general y haciendo hincapié en la prohibición de discriminación por identidad de género (considerando los hechos del presente caso), así como contar con un mecanismo de registro de asistentes y una evaluación de los contenidos impartidos.
- Se ordena a Tottus que, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles de notificada la presente resolución, cumpla con colocar de forma permanente un cartel en un lugar visible y fácilmente accesible de sus establecimientos abiertos al público el siguiente mensaje: *“En este establecimiento está prohibido discriminar a cualquier consumidor por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, edad o cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Si una persona advierte que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a formular el reclamo correspondiente, así como a denunciar este hecho ante el Indecopi.”* Se precisa que el cartel deberá tener un tamaño mínimo de una hoja A4 y cada una de las letras del mensaje deberán tener un tamaño mínimo de 0.5 x 0.5 centímetros.
70. En atención a lo dispuesto en el artículo 37° de la Directiva 001-2021-COD-INDECOPI, Directiva única que regula los Procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, se informa a Tottus que deberá presentar a la Comisión los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo que se otorga para cumplir el mandato; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva, conforme a lo establecido en los artículos 117° y 118° del Código¹⁷.
71. Asimismo, se informa a la parte denunciante que, en caso se produzca el incumplimiento del mandato, la Comisión debe actuar de oficio a fin de

17

DIRECTIVA 001-2021-COD-INDECOPI, DIRECTIVA ÚNICA QUE REGULA LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PREVISTOS EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 37°. - Medidas correctivas, medidas cautelares o pago de costas del procedimiento
En caso se ordenen medidas correctivas, medidas cautelares o el pago de las costas del procedimiento, la resolución debe apercibir al obligado a presentar los medios probatorios que acrediten su cumplimiento, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo que se otorga para cumplir el mandato; bajo apercibimiento de quedar expedita la facultad de la autoridad para imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en los artículos 117 y 118 del Código.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad, sin perjuicio del derecho que les asiste de comunicar esa situación a dicha instancia, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva, conforme a lo establecido en el artículo 40° de la de la Directiva 001-2021-COD-INDECOPI, Directiva Única que regula los Procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código¹⁸.

III. Sobre la graduación de la sanción

72. El artículo 10° del TUO de la LPAG contempla entre las causales de nulidad del acto administrativo el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez¹⁹. Asimismo, el artículo 3° de la citada norma establece como requisito de validez de los actos administrativos, que el mismo sea dictado bajo la observancia del desarrollo de un procedimiento regular²⁰.
73. Los procedimientos administrativos seguidos ante los órganos resolutores del Indecopi son procedimientos sujetos a la observancia de diversos principios comprendidos en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG,

¹⁸ **DIRECTIVA 001-2021-COD-INDECOPI, DIRECTIVA ÚNICA QUE REGULA LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PREVISTOS EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 40°.- Incumplimiento y ejecución de medidas correctivas o cautelares**

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

¹⁹ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 10°.- Causales de nulidad.**

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

²⁰ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos.**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

5. **Procedimiento regular.** - Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

siendo que, dentro de la relación comprendida en el mismo, se encuentra el principio de debido procedimiento, según el cual los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo.

74. Tales derechos y garantías comprenden los derechos a ser notificado; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten²¹.
75. En virtud del referido principio, la autoridad administrativa tiene la obligación de motivar las resoluciones y actos administrativos emitidos, exponiendo las razones jurídicas y normativas que justifican la decisión adoptada y pronunciándose sobre los pedidos y alegatos expuestos por las partes a lo largo del procedimiento.
76. De igual manera, el artículo 5°.4 del TUO de la LPAG dispone que el contenido de un acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados en el procedimiento²².
77. El Principio de Congruencia se sustenta en el deber de la Administración de emitir un pronunciamiento respecto de todos los planteamientos formulados por los administrados, sea para acogerlos o desestimarlos, de modo tal que mediante la resolución que decida sobre dicha pretensión la Administración emita íntegramente opinión sobre la petición concreta de los administrados.
78. En ese sentido, un objeto o contenido irregular será aquel que es incongruente con las cuestiones planteadas por los administrados. De esto

²¹ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. TÍTULO PRELIMINAR. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.**

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

(...)

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

(...)

²² **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 5°.- Objeto o contenido del acto administrativo.**

(...)

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados (...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

último se deriva la exigencia del deber de congruencia entre lo alegado por las partes y lo resuelto por el juzgador²³.

79. Ahora bien, 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 Razonabilidad²⁴, 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.
80. Como parte del contenido implícito del Principio de Razonabilidad, se encuentra el Principio de Proporcionalidad, el cual supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas.
81. Por su parte, el artículo 112° del Código²⁵ establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la autoridad administrativa puede atender al beneficio ilícito esperado con la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, el daño resultante de la infracción, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar.
82. En el presente caso, la Comisión sancionó con una multa de 5 UIT a Tottus, en base a los siguientes criterios:

²³ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 196°.- Contenido de la resolución. -**
(...)

196.2 En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

²⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Título Preliminar. Artículo IV.-**

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

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

²⁵ **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. (...).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

- (i) Perjuicio generado al consumidor: consistente en la vulneración de la libertad de elección de la parte denunciante, quien se vio impedida de ingresar al local comercial de Tottus;
 - (ii) probabilidad de detección: media;
 - (iii) naturaleza del perjuicio causado: afectación del derecho a la dignidad e igualdad como fines supremos de la sociedad y el Estado; y,
 - (iv) circunstancia atenuante: el hecho referido a que el proveedor el mismo día de ocurrido los hechos brindó disculpas a la parte denunciante, así como diversas propuestas de solución, lo cual equivalía a una reducción del 50% de la multa.
83. En su recurso de apelación, Tottus manifestó que en el supuesto negado de que la autoridad decidiera sancionarlos, debía considerar como un factor atenuante las diversas propuestas conciliatorias que habría ofrecido a la parte denunciante.
84. Al respecto, a efectos de analizar el alegato de Tottus y la validez de la graduación de la sanción efectuada por la Comisión, es preciso recordar que el artículo 112° del Código establece como atenuantes los siguientes supuestos:
- “Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:*
- 1. La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria dentro del procedimiento administrativo que coincida con la medida correctiva ordenada por el órgano resolutorio.
 - 2. Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la misma. (...) (el subrayado es nuestro)
85. En ese sentido, de la revisión de la norma, se aprecia que la sanción se atenuara cuando la propuesta conciliatoria coincida exactamente con la medida correctiva ordenada por la autoridad; sin embargo, en el caso en concreto, Tottus ofreció una capacitación general sobre temas de discriminación, sin brindar mayor detalle sobre la misma, lo cual evidentemente no coincide con la medida correctiva dictada por la Comisión y precisada por esta instancia; motivo por el cual, corresponde desestimar dicho alegato.
86. Sin perjuicio de ello, con relación a la sanción, de la revisión de la resolución recurrida, este Colegiado observa que los fundamentos expuestos por la Comisión para graduar la misma tampoco reflejaron las verdaderas consecuencias de la infracción detectada ni la gravedad de dicha conducta.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

87. En primer lugar, porque el atenuante aplicado por la Comisión para reducir la sanción impuesta a Tottus no ha sido verificado en el presente procedimiento, toda vez que -como se indicó en acápites previos- ningún medio probatorio demostraría que la denunciada brindó disculpas a la parte denunciante el mismo día de ocurrido los hechos.
88. Además, si bien la Comisión mencionó que estaba considerando las diversas propuestas de solución brindadas por Tottus no especificó a cuál se refería ni realizó un análisis al respecto, con lo cual no es posible valorar el juicio de la primera instancia.
89. En segundo lugar, la sanción no se encuentra debidamente motivada, porque el hecho denunciado, más allá de afectar la libertad de elección de la parte denunciante, soslayó la dignidad y el derecho a la igualdad de esta, derechos que se encuentran reconocidos y protegidos a nivel constitucional y que merecen ser objeto de especial tutela por las instituciones del Estado.
90. En efecto, cabe recordar que el hecho denunciado fue tipificado por el artículo 38° del Código (referido a la prohibición de discriminación) y no en atención al artículo 19° del mismo cuerpo normativo (relacionado al deber de idoneidad); por lo cual, resulta incorrecto graduar la sanción en base a un daño causado por los defectos en el servicio y no por las consecuencias morales de la conducta discriminatora.
91. Sumado a ello, la sanción a imponer por parte de la Comisión debe reflejar la gravedad de la conducta infractora, siendo que una multa de 5 UIT se encuentra muy por debajo de las sanciones que usualmente se imponen a los proveedores que incurrir en este tipo de actos y podría no cumplir con el fin de desincentivar su ocurrencia en un futuro.
92. En conclusión, según las consideraciones previamente señaladas, esta Sala considera que la multa de 5 UIT impuesta por la primera instancia no fue debidamente graduada, resultando significativamente menor a la que debería aplicarse a un proveedor en función del tipo infractor detectado, esto es, una práctica discriminatoria basada en la identidad de género de la parte denunciante.
93. Cabe acotar que, si bien esta instancia podría graduar la sanción aplicando los criterios previstos por el Código y la regulación procedimental administrativa, al estimarse en abstracto que la multa sería considerablemente más elevada que la impuesta por la primera instancia, no



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

sería posible evitar una afectación a la prohibición de la *reformatio in peius*²⁶, por lo cual se considera pertinente ordenar al órgano resolutorio de primera instancia que emita un nuevo pronunciamiento sobre la sanción aplicable a Tottus, fundamentando debidamente la graduación de la sanción que estime pertinente.

94. Cabe acotar que este razonamiento ha sido acogido en anteriores pronunciamientos²⁷, en los cuales también se ha constatado una falta de motivación de la sanción impuesta por un acto de discriminación en el consumo.
95. Por tanto, corresponde declarar la nulidad de la resolución venida en grado, en el extremo que sancionó a Tottus con una multa de 5 UIT por infracción del artículo 38º del Código.

IV. Sobre la condena al pago de costas y costos

96. Considerando que, en su recurso de apelación, Tottus no ha expresado fundamentos adicionales para cuestionar la condena al pago de costas y costos del procedimiento y teniendo en cuenta que el íntegro de los alegatos expuestos en su recurso ya han sido desvirtuados precedentemente; en virtud de la facultad reconocida en el artículo 6º del TULO de la LPAG²⁸, este Colegiado asume como propios los fundamentos de la Comisión sobre dicho extremo, por lo que corresponde tener por confirmada la resolución impugnada al respecto.

²⁶ La cual establece que las segundas instancias administrativas o judiciales no podrán emitir un pronunciamiento empeorando la situación de los apelantes en relación con la resolución impugnada. Ver Sentencia del 25 de agosto de 2004 emitida en el EXP. N° 1803-2004-AA/TC, donde se estableció lo siguiente:

"25. La prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial (cf. Exp. 1918-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia.

26. En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación. (...)"

²⁷ Ver Resoluciones 2880-2019/SPC-APELACIÓN del 16 de octubre de 2019 y 1571-2021/SPC-INDECOPI del 12 de julio de 2021.

²⁸ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

97. Se informa a Tottus que deberá presentar a la Comisión los medios probatorios que acrediten el cumplimiento del pago de las costas del procedimiento a favor de los denunciantes en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo otorgado para tal fin, bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 118° del Código.
98. Asimismo, se informa a la parte denunciante que –en caso se produzca el incumplimiento del mandato– podrán comunicarlo a la Comisión, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de pago de costas del procedimiento.

V. Sobre la inscripción en el RIS del Indecopi

99. Finalmente, en atención a la declaración de nulidad de la graduación de la sanción efectuada por la Comisión, corresponde dejar sin efecto la inscripción en el RIS de Tottus hasta que la Comisión emita un nuevo pronunciamiento graduando la sanción, ocasión en la que deberá disponer la inscripción correspondiente.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Resolución 1365-2021/CC2 del 17 de setiembre de 2021, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, que declaró fundada la denuncia interpuesta por XXXX contra Hipermercados Tottus S.A. por infracción de los artículos 1°.1, literal d), y 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto quedó acreditado que la denunciada discriminó a la parte denunciante, al negarle el ingreso a la hiperbodega Precio Uno, debido a su identidad de género.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 1365-2021/CC2, en el extremo que ordenó a Hipermercados Tottus S.A. que, en el plazo de quince (15) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la resolución, cumpla con:

- (i) Remitir a la parte denunciante una carta de disculpas por los hechos ocurridos el 4 de abril de 2020;
- (ii) brindar una capacitación a su personal, a fin de que tome conciencia y cesen las prácticas discriminatorias en contra de sus clientes.

No obstante, en aras de garantizar un debido cumplimiento del mandato, resulta conveniente realizar algunas precisiones en cuanto a los requisitos mínimos que debe contemplar la capacitación, conforme al siguiente detalle:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

- En primer lugar, la capacitación contra la discriminación ordenada a Hipermercados Tottus S.A., debe enfocarse en el servicio de atención al cliente que brinda dicha empresa como proveedora en el mercado.
- En ese sentido, corresponde precisar que Hipermercados Tottus S.A. debe cumplir con brindar una capacitación sobre discriminación a todos los trabajadores que participen en los procesos de diseño y ejecución de las políticas comerciales de atención al cliente o tengan contacto directo con clientes por cualquier canal de atención.
- Asimismo, la referida capacitación deberá reflejar el involucramiento de los principales directivos de la empresa (directores, gerentes, jefes o rangos similares) a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos trazados en las labores diarias del personal y la prevención de hechos como los denunciados. Para esto último, Hipermercados Tottus S.A. debe adoptar mecanismos internos de supervisión a través de programas, protocolos, entre otros, que coadyuven a dicho fin.
- Finalmente, se precisa también que la capacitación de cargo de Hipermercados Tottus S.A. debe ser impartida **por un tercero debidamente capacitado en temas de discriminación (por ejemplo, una institución especializada en derechos humanos)** que deberá estructurar los contenidos a impartir en materia de discriminación en general y haciendo hincapié en la prohibición de discriminación por identidad de género (considerando los hechos del presente caso), así como contar con un mecanismo de registro de asistentes y una evaluación de los contenidos impartidos.

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

En atención a lo dispuesto en el artículo 37° de la Directiva 001-2021-COD-INDECOPI, Directiva única que regula los Procedimientos de Protección al



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, se informa a Hipermercados Tottus S.A. que deberá presentar a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo que se otorga para cumplir el mandato; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva, conforme a lo establecido en los artículos 117° y 118° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Finalmente, se informa a XXXX que, en caso se produzca el incumplimiento de los mandatos, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 debe actuar de oficio a fin de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad, sin perjuicio del derecho que les asiste de comunicar esa situación a dicha instancia, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva, conforme a lo establecido en el artículo 40° de la de la Directiva 001-2021-COD-INDECOPI, Directiva Única que regula los Procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

CUARTO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 1365-2021/CC, en el extremo que sancionó a Hipermercados Tottus S.A. con una multa de 5 UIT por infracción del artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En ese sentido, se dispone que la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 emita un nuevo pronunciamiento sobre la sanción aplicable a Hipermercados Tottus S.A., fundamentando debidamente la graduación de la sanción a imponer.

QUINTO: Confirmar la Resolución 1365-2021/CC2, en el extremo que condenó a Hipermercados Tottus S.A. al pago de las costas y costos del procedimiento.

Se informa a Hipermercados Tottus S.A. que deberá presentar a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 los medios probatorios que acrediten el cumplimiento del pago de las costas del procedimiento a favor de los denunciados en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo otorgado para tal fin, bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 118° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

De otro lado, se informa a XXXX que –en caso se produzca el incumplimiento del mandato– podrán comunicarlo a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de pago de costas del procedimiento.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 0077-2022/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0026-2021/CC2

SEXTO: Dejar sin efecto la inscripción de Hipermercados Tottus S.A. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi por infracción del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor hasta que la primera instancia emita un nuevo pronunciamiento graduando la sanción para dicha infracción, ocasión en la que deberá disponer la inscripción correspondiente.

Con la intervención de los señores vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Roxana María Irma Barrantes Cáceres, Julio Baltazar Durand Carrión y Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente