



## DISCRIMINACIÓN DE MUJERES EN EL CONSUMO: EL ADIÓS A LA GALANTERÍA

OLGA ALCÁNTARA FRANCIA\*  
CÉSAR CARRANZA ÁLVAREZ\*\*

### RESUMEN

*En el siguiente texto, los autores analizan los alcances de la decisión de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi, que sanciona con una multa de 50 UIT al restaurante La Rosa Náutica por haber incurrido en una práctica discriminatoria contra las mujeres, debido a la entrega de cartas que únicamente contenían la relación de los productos ahí ofrecidos, pero sin que se consignara el precio de los mismos, los cuales se encontraban en las cartas entregadas a los hombres. Luego de ponderar el voto en discordia y lo resuelto por el colegiado, se decantan por aquella tesis que descarta la comisión de la conducta denunciada.*

**PALABRAS CLAVE:** Discriminación / Trato digno / Derecho de igualdad / Consumidores

**Recibido:** 20/11/2019

**Aprobado:** 26/11/2019

### INTRODUCCIÓN

Entre todos los temas regulados por el Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC), tal vez uno de los que más

concita atención sea el de la discriminación en el consumo, no solo por la problemática que encierra sino también por el impacto mediático que genera cada vez que la autoridad de aplicación decide algún caso a él relacionado. Más aún cuando las afectadas por dicha práctica son mujeres.

En el presente caso, concita nuestra atención la Resolución N° 2758-2019/SPC-INDECOPI, del 4 de octubre de 2019, por medio

\* Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Empresarial por la misma Universidad y en *Droit Européen* por la Université Catholique de Louvain-la-Neuve (Bélgica). Doctoranda en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid.

\*\* Abogado y profesor universitario. Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú y candidato a doctor en Derecho y CC.PP. Ha realizado estancia docente y de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín (Colombia). Miembro del Fondo Editorial y Director de la Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad.

COMENTARIO RELEVANTE  
DE LOS AUTORES



Nuestra Constitución, al igual que todas las Constituciones en el mundo, consagra el derecho fundamental de toda persona a la igualdad ante la ley. En razón de ello, ninguna persona puede ni debe ser discriminada por “motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. De ahí la existencia de convenios internacionales y normas nacionales que contemplan la total proscripción de la discriminación, e incluso sancionan su práctica.

de la cual –con voto dirimente del Presidente de la Sala–, se revoca la Resolución N° 0271-2019/CC2 de la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Sur N° 2, que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación de Consumidores Indignados Perú contra el restaurante La Rosa Náutica, por un supuesto acto de discriminación contra mujeres, declarándola fundada, e imponiendo a la empresa denunciada una multa ascendente a 50 UIT por infracción del artículo 38 del Código, el cumplimiento de medidas correctivas más el pago de las costas y costos del procedimiento.

Como en oportunidades anteriores, previamente al análisis de lo resuelto por el colegiado, realizaremos una síntesis del caso, luego de lo cual daremos cuenta de lo decidido por la Comisión y los argumentos que sustentan el voto en discordia.

## I. EL HECHO DENUNCIADO

Tal gira en torno a la entrega, por parte de la denunciada, de cartas de comida

diferenciadas, según se tratara de hombres y mujeres.

En efecto, la Asociación Consumidores Indignados Perú detectó que en el restaurante La Rosa Náutica se entregaban a los comensales cartas diferentes: azules para los hombres y amarillas para las mujeres, con el agregado que en las primeras el listado de los platos se acompañaba con los respectivos precios, en tanto en las segundas, estos no aparecían. Frente a esa constatación, la Asociación de consumidores señaló que dicha práctica evidenciaba que para la Rosa Náutica (i) las mujeres no tenían el derecho a conocer los precios de los productos ahí ofrecidos, (ii) que eran los hombres “los únicos” que podían conocerlos y, por consiguiente, que eran estos últimos (iii) los que se encargarían de pagar la cuenta; con lo cual se incurrió en un **trato diferenciado sin causa objetiva**, no obstante estar prohibida toda **discriminación** en el consumo, y en una violación del **derecho a la igualdad y a la vida digna** de las mujeres, por asumirse que no están “en la posibilidad de pagar sus cuentas, ni valerse por sí mismas”.

La Rosa Náutica afirmó en sus descargos que era (i) un negocio con más de 30 años de antigüedad, “caracterizado por brindar un servicio de excelencia y de calidad en la atención al cliente”, (ii) que por su ubicación estratégica era elegida para todo tipo de reuniones y celebraciones especiales, por ejemplo las que involucraban a parejas, (iii) que por esa razón –celebraciones de parejas– su política interna le permitía –“a fin de mantener un ambiente romántico y acogedor”– entregar cartas diferentes a los hombres y mujeres, (iv) lo que no implicaba discriminación alguna, pues lo único que se pretendía era “enaltecer la posición de una mujer dentro de una pareja, considerando como una forma de halago el hecho de que pueda pasar una velada romántica y agradable sin tomar en cuenta el costo de los servicios”, y que (v) en

todos los demás supuestos –reuniones exclusivamente de mujeres, o de ambos sexos, o donde mediara relaciones de amistad o laborales– todas las cartas que se entregaban contenían los precios de los platos. Por último, afirmó que conforme al criterio de la Asociación denunciante, otras prácticas comunes en los restaurantes –que solo apuntaban a brindar un trato halagador a las mujeres– podrían considerarse también como discriminatorias, a saber: cuando el *valet parking* abriera la puerta del auto a la mujer, o cuando el personal les retirara la silla para que se sentaran, cuando lo único que procuraban era resaltar la calidad e importancia de las mujeres en la sociedad.

En esos términos quedó trabado el procedimiento administrativo.

## II. LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN Y LA SALA ESPECIALIZADA EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Por no haber podido acreditarse que la entrega de cartas distintas a hombres y mujeres por parte del restaurante La Rosa Náutica representara un acto de discriminación, la Comisión de Protección al Consumidor –Sede Lima Sur N° 2, por medio de la Resolución N° 271-2019/CC2, del 8 de febrero de 2019, declaró infundada la denuncia.

Apelada dicha resolución por la denunciada, la Sala de Protección al Consumidor no logró –era de esperarse– una decisión unánime, pues gracias a la existencia de un voto en discordia la controversia tuvo que resolverse por el dirimente de la presidencia que se afilió a la posición de considerar discriminatoria la práctica implementada y ejecutada por la empresa; la misma que reposó en los fundamentos siguientes:

- Que el trato diferenciado brindado por La Rosa Náutica se apoya en la generalización que se hace de las personas por razón del sexo de las mismas, que en el caso

limita uno de los derechos de las mujeres, como es el de información, acreditado por el hecho de que el restaurante omitía informarles respecto al precio de los productos que ofertaba “basado en una presunción generalizada y equivocada que, en una celebración entre parejas, la mujer siempre será invitada y que nunca pagará el costo del consumo” (Fundamento 60). De ahí que no se trate de una justificación objetiva y razonable para el trato diferenciado implementado por la denunciada (Fundamento 62). Por ello se cuestiona: “¿No podría ser la mujer en una celebración quien quiera o le corresponda halagar a su pareja?”, agregando que en este evento tendría que contratar el servicio ignorando los precios o pedir un cambio de carta o, incluso, salir al ingreso del restaurante para conocer tales montos. Y aunque solo fuera invitada, ¿también no tendría derecho a conocerlos? (Fundamentos 63 y 64).

- El halago o la deferencia brindada a una mujer no puede servir para negarle la información sobre precios (sin previa consulta y desconociendo sus preferencias), más aún cuando existen otras formas de halago que no suponen la omisión de información de los productos a los cuales accede (Fundamento 65).
- No obstante señalar la denunciada que el local se caracterizaba por tener detalles respecto a las mujeres para enaltecerlas y halagarlas, resulta “importante resaltar que si bien la femineidad (delicadeza) se asocia cultural y normativamente con las mujeres, existen múltiples maneras distintas de ser mujer y numerosas expresiones propias de las mujeres” (Fundamento 66).
- Finalmente, aunque el restaurante sostenga que existen otras prácticas orientadas igualmente a halagar a las mujeres que a criterio del denunciante también

constituirían actos de discriminación, no obstante se intentaba favorecerlas, “la existencia de otras situaciones en las que presuntamente se brinda un trato diferenciado a las personas, no exime o incide en la responsabilidad de La Rosa Náutica por la infracción detectada en el presente procedimiento” (Fundamento 67).

Por su parte, el voto en discordia de los vocales Hundskopf Exebio y Espinoza Espinoza se decanta por la tesis contraria. En líneas generales, las siguientes son las razones que se esgrimen:

- Que la entrega de cartas diferenciadas entre hombres y mujeres representa un acto de galantería para con estas últimas, en celebraciones de pareja; por lo que tal, como la entrega de rosas que se apreciaba también en el servicio brindado por el restaurante, no puede considerarse como una violación al derecho de igualdad de las mujeres, como sostuvo la Asociación denunciante (Fundamento 20).
- El servicio diferenciado brindado por la empresa no afectó la capacidad de goce y de ejercicio de las mujeres: “únicamente se les estaba brindando una atención especial en su calidad de cliente mujer, lo que no las perjudicaba en ningún sentido” (Fundamento 21).
- Las mujeres que recibían cartas sin los precios estaban en condiciones de conocerlos: solicitándolo a la pareja o a los dependientes del local, lo que de ninguna manera “implica un esfuerzo o sacrificio por parte de las comensales por el cual el local amerite ser sancionado” (Fundamento 22).
- No se acreditó que el local haya negado la carta azul con precios a las mujeres que lo hubieran solicitado. Más aún, el local contaba con una carta con precios en la

entrada del local, destinado para consulta de todos los comensales (Fundamento 23).

- Que las pruebas aportadas por la denunciante no conducen a aseverar que la práctica discriminatoria denunciada está demostrada (Fundamento 25).

### III. NUESTRA OPINIÓN

#### 1. El derecho a la igualdad, el trato diferenciado y la práctica discriminatoria

Nuestra Constitución Política, al igual que todas las Constituciones en el mundo, consagra el derecho fundamental de toda persona a la igualdad ante la ley. En razón de ello, ninguna persona puede ni debe ser discriminada por “motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” (art. 2.2). De ahí la existencia de convenios internacionales y normas nacionales que contemplan la total proscripción de la discriminación, e incluso sancionan su práctica.

Sin embargo, nada de esto es suficiente para erradicarla por completo. Menos aún del ámbito del consumo. Por ello, el Indecopi ha venido sancionando a diferentes establecimientos comerciales debido a la adopción de medidas discriminatorias y atentatorias contra el principio de igualdad. En este contexto, es decir, en el plano comercial o mercantil, el aparente conflicto entre la prevalencia del derecho individual (aunque, fundamental) y la del derecho que consagra la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, plantea un interesante cuestionamiento.

Desde la perspectiva constitucional, la “igualdad” puede ser conceptualizada como un principio y un derecho subjetivo (Eguiguren, 1997, p. 63). Se trata de un principio rector de aplicación transversal pues influye sobre todo el ordenamiento jurídico; así como de un derecho subjetivo, en la medida en que reconoce a la persona la autoridad

para oponerse a cualquier forma de discriminación proscrita por la Constitución.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha expresado, en abundante jurisprudencia, que la “igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia”, agregando que “[e]llo involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones” (STC Exp. N° 3533-2003-AA/TC, del 12 de octubre de 2004); que “(...), además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos” (STC Exp. N° 2974-2010-PA/TC, del 24 de octubre de 2011); y nuevamente haciendo eco de su calidad de principio – derecho, ha establecido que en el primer caso “constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico”, en tanto en el segundo caso “constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (...)” (STC Exp. N° 5157-2014-PA/TC, del 4 de abril de 2017).

Resulta interesante, también, revisar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español sobre sus alcances. En efecto, la pretendida “igualdad ante la ley” reconocida por la Constitución española en el artículo 14, ha sido explicada, en palabras de Luis Díez-Picazo, en la STC 49/1982 de 14.7.1982,

## COMENTARIO RELEVANTE DE LOS AUTORES



El Indecopi ha venido sancionando a diferentes establecimientos comerciales debido a la adopción de medidas discriminatorias y atentatorias contra el principio de igualdad. En este contexto, es decir, en el plano comercial o mercantil, el aparente conflicto entre la prevalencia del derecho individual (aunque, fundamental) y la del derecho que consagra la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, plantea un interesante cuestionamiento.

como aquella igualdad jurídica que no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Esto “significa que a supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que, para introducir diferencias entre los supuestos de hecho, tiene que existir una **suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados**” (Fundamento N° 3) [la negrita es nuestra].

Dicho en otros términos, la igualdad ante la ley no implica el reconocimiento del “derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado de la misma forma que los demás, lo que evidentemente, es distinto” (Fernández Segado, 1996, pp. 144-145). Lo cual admite el establecimiento de situaciones diferentes, distintas o desiguales, siempre que resulten razonables y justificables; de este modo, este “trato desigual” no constituiría un acto de discriminación. En la mayoría de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativas a la aplicación del

**COMENTARIO RELEVANTE  
DE LOS AUTORES**



El Tribunal Europeo de Justicia también ha sancionado casos sobre discriminación de género en diferentes ámbitos. (...); lo cual, nos demuestra que no estamos ante un tema de discusión olvidado u obsoleto, sino todo lo contrario. Aún a la fecha, se trata de controversias que revelan situaciones de discriminación que afectan, en su mayoría, al género femenino.

principio de no discriminación, el Tribunal prohíbe el “trato diferente” que no tenga una justificación objetiva y razonable (Carmona, 2015), es decir, si no persigue un “objetivo legítimo” o si no “existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido” (Sentencia del 28 de mayo de 1985, Serie A, N° 94, apartado 72, relativa al asunto *Abdulaiz, Cables y Balkandali v. el Reino Unido*).

En la medida en que “no toda distinción o diferencia de trato equivale a discriminación, y debido al carácter general del principio de no discriminación, el TEDH da cierto margen a los Estados para que puedan determinar si las diferencias entre situaciones o otros efectos análogos justifican distinciones de trato y en qué medida” (Gil Ruiz, 2017). Estos serían los casos de diferenciaciones en razón de la nacionalidad que permite acceder a ciertas prestaciones o la obtención de beneficios tributarios, por ejemplo.

Sin embargo, en el ámbito del trabajo remunerado, las distinciones por razón de género o sexo resultan de difícil o imposible justificación. De ahí que el TEDH se oriente a proscribir todas las discriminaciones legales

directas o indirectas que establezcan tratos diferentes y desfavorables para uno de los géneros, pues considera que responden a una visión de las mujeres como subordinadas a los hombres (aunque el género perjudicado sea el masculino) sobre todo, en ámbitos tan sensibles como el trabajo remunerado. Se trataría, en opinión del Tribunal, de una visión patriarcal de la mujer que la relega al trabajo doméstico y al ámbito privado, reservando la esfera pública y el trabajo remunerado para los hombres (Radacic, 2008).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Justicia también ha sancionado casos sobre discriminación de género en diferentes ámbitos. En un interesante trabajo del profesor Jacquemain (2018), se comentan diferentes sentencias sobre aspectos relacionados con la igualdad en las condiciones de trabajo (Sentencia TJUE del 18 de octubre de 2017, *Kalliri, C-409/16* entre otras); en la seguridad social obligatoria (Sentencia TJUE del 9 de noviembre de 2017, *Espadas Recio, C-98/15*, entre otras); protección de la maternidad (Sentencia TJUE de 19.10.2017, *Otero Ramos, C-531/15* entre otras varias); permiso de paternidad (Decisión del 12 de diciembre de 2017, *Hallier e.a. vs. Francia, Req. N° 46386/10*, entre otras); permiso parental (Sentencia TJUE del 7 de setiembre de 2017, *H. C-174/16*); lo cual, nos demuestra que no estamos ante un tema de discusión olvidado u obsoleto, sino todo lo contrario. Aún a la fecha, se trata de controversias que revelan situaciones de discriminación que afectan, en su mayoría, al género femenino.

En nuestro medio, la Ley N° 28983 (Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres) tiene por objetivo “garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad” (art. 1). A este efecto, el

legislador peruano entiende por discriminación a “cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil (...) (art. 2). A través de esta ley, el Estado peruano impulsa la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, es decir, en cuanto al acceso al trabajo remunerado, a los estudios, a las prestaciones sociales y, en general, el respeto de todos los derechos y de su ejercicio, lo cual incluye a los derechos como consumidores (recogidos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor).

Así, el artículo 1.1 literal d) del CPDC señala que todos (hombres y mujeres) tenemos “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”. Esta disposición concuerda con el artículo 38 del mismo cuerpo legal, en el cual se establece que “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”. Este tenor, de ninguna manera significa (como se contempla en el derecho extranjero) que el trato desigual o diferenciado esté proscrito, sino que debe obedecer a causas objetivas y razonables. El legislador exige una “proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga” (artículo 38.3, CPDC).

Esto ha merecido por parte del Indecopi la necesidad de establecer una diferencia entre el trato diferenciado ilícito y la práctica discriminatoria. Será trato diferenciado ilícito en la medida en que “un proveedor niega a un consumidor la posibilidad de adquirir un

producto o disfrutar de un servicio por cualquier motivo que no resista un análisis de proporcionalidad, razonabilidad u objetividad, y que más bien esté basado en cuestiones eminentemente subjetivas, como enemistad con el cliente, aplicación exagerada de condiciones para el ingreso a un establecimiento (...)”, etc. (Indecopi, 2015). Este tipo de conducta, según lo ha señalado la autoridad de aplicación (2015), es reprochable no solo porque atenta con el derecho a la igualdad, sino que además impide que el consumidor realice un acto de consumo sin mediar alguna justificación objetiva y razonable, como la seguridad del establecimiento y de otros clientes (p. 27). Es decir, en la medida en que se pueda demostrar la afectación de los derechos de terceros o del propio proveedor, el trato diferenciado sería admitido y, por tanto, lícito.

No hace mucho tiempo, el trato diferenciado ilícito (aunque reprochable y sancionable) no constituía, necesariamente, un acto de discriminación. La distinción propuesta por el Indecopi se basaba en el hecho de que la discriminación, no solamente vulnera el derecho a la igualdad sino que, además, su gravedad y el reproche que conlleva, radica en la afectación a la dignidad de las personas; característica que no presentan las conductas que establecen tratos diferenciados, aunque sean estos ilícitos por carecer de objetividad y razonabilidad. Este criterio (establecido por la jurisprudencia desde hace poco más de una década) ha sido cambiado.

En efecto, la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI, del 24 de julio de 2019, de la Sala Especializada en Protección al Consumidor (SPC) fundamenta el cambio de criterio, en tres aspectos importantes:

- La decisión de interpretar el artículo 38 CPDC como constitutivo de una única figura jurídica “que englobe cualquier conducta de los proveedores en el

COMENTARIO RELEVANTE  
DE LOS AUTORES



Nos preguntamos entonces si la conducta del restaurante La Rosa Náutica puede y merece ser considerada como un acto o práctica discriminatoria, o como un trato diferenciado no sostenible desde un punto de vista objetivo y razonable. Y, más importante aún, si la sanción impuesta por el órgano administrativo está justificada y arreglada al cambio de criterio impuesto por la propia Sala.

mercado que afecte el derecho a la igualdad y que se materialice a través de un trato discriminatorio hacia los consumidores” (Fundamento N° 26).

- La eliminación del trato diferenciado ilícito como categoría conceptual distinta de la práctica discriminatoria, por considerar que el “trato desigual que no se encuentre justificado de manera objetiva y razonable” basta para configurar un acto discriminatorio y, por ende, una infracción al artículo 38 del CPDC (Fundamento N° 27).
- El reconocimiento de la existencia de 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)” (Fundamento N° 27). En estos casos, el Tribunal entiende que será necesario tomarlos en cuenta para graduar la sanción a aplicar al proveedor.

Nos preguntamos entonces si la conducta del restaurante La Rosa Náutica puede y merece ser considerada como un acto o práctica discriminatoria, o como un trato diferenciado no sostenible desde un punto de vista objetivo y razonable. Y, más importante aún, si la sanción impuesta por el órgano administrativo está justificada y arreglada al cambio de criterio impuesto por la propia Sala.

## 2. El caso de La Rosa Náutica y los supuestos actos discriminatorios. Conflicto con las políticas comerciales

Como indicáramos en párrafos anteriores, la Asociación de Consumidores Indignados Perú (ACIP) denunció al restaurante La Rosa Náutica S.A. por entregar a los comensales dos cartas distintas: azul para los hombres y amarillas para las mujeres. Las primeras contenían la descripción de los platillos y sus respectivos precios; las segundas, solamente la descripción pero no los precios. Este hecho, en opinión de la Sala, constituye un acto discriminatorio en contra de las mujeres, quienes tienen derecho a conocer los precios de los productos que van a consumir en dicho establecimiento.

De hecho, la resolución que comentamos sanciona esta práctica con la condena al pago de una multa al proveedor. Sin embargo, no se trató de una decisión unánime. En efecto, el voto discordante de dos vocales hizo que fuera el presidente de la Sala quien dirima la controversia. Este voto discordante (de los vocales Hundskopf y Espinoza) es muy importante, pues concluye que los actos denunciados no son discriminatorios. Y consideramos que tiene razón.

La Rosa Náutica admitió que entregaba cartas de color amarillo a las mujeres que asistían al establecimiento en pareja, mas no a aquellas que asistían acompañadas de colegas, amigas o familiares. La justificación esbozada por el proveedor se apoya en cuestiones de política empresarial: a las mujeres

acompañadas por hombres (en pareja) se les brindaba una carta amarilla, con la finalidad de propiciar un ambiente romántico y halagador, en el que la atención y la inquietud de la mujer, no recayera en el precio de la cena. De este modo, el proveedor buscaba ratificar la idea de que su establecimiento es romántico y que está diseñado para enaltecer y halagar al público femenino.

De ello resulta, que el solo hecho de entregar cartas de colores distintos con información diferente a clientes hombres y mujeres –así sea cuando concurren en pareja– constituya un trato desigual o diferenciado. Si tomamos en cuenta el concepto y alcances del derecho a la igualdad, encontramos que los tratos desiguales son admitidos en la medida en que resulten objetiva y razonablemente justificados, considerando criterios y juicios de valor generalmente aceptados.

Pues bien, **¿estamos frente a justificaciones objetivas?** Coincidiendo con la SPC, la política interna o empresarial que pueda justificar el establecimiento de tratos desiguales (Fundamento N° 16) entre su clientela, no debe afectar los derechos de estos. En esa misma medida, el ejercicio de la libertad de empresa y de la libre iniciativa privada debe ejercerse en el marco del respeto de los derechos fundamentales (Fundamento N° 18). ¿La entrega de cartas de color amarillo a las clientas mujeres vulneraba sus derechos? ¿Restringía su derecho a la información? ¿Atentaba contra el derecho de igualdad? ¿Les ocasionaba un daño o perjuicio? Pensamos que no, pues no se ha demostrado que el proveedor se negara a entregar información relativa a los precios solicitada por sus clientas o que los ocultara o no exhibiera en la entrada al establecimiento. Precisamente, en cuanto a esto último, no debe perderse de vista que la empresa denunciada –así se indica en la resolución– contaba en el ingreso al restaurante con una lista de precios para consulta de

los consumidores (amén de la que aparecía en las cartas y que siempre estaba a disposición de los clientes). Por tanto, su obligación de informar quedaba plenamente cumplida, si nos atenemos a la prescripción del artículo 5.3 del CPDC, según la cual “Los establecimientos que expenden comidas y bebidas (...) están obligados a colocar sus listas de precios en el exterior, de forma accesible y visible para consulta del consumidor”. No se olvide, como lo recuerda el profesor Stiglitz, que el consumidor, por ser tal, no tiene ganado un derecho a la pasividad (cit. Ossola, 2017, p. 262). El derecho de información que se le reconoce no lo habilita a esperarlo todo del proveedor. Para decirlo con otras palabras, “(...), para ser informado se requiere también actuar” (Ossola, *ibidem*).

Por otra parte, es importante señalar, como se indica en el fundamento 23 del voto de los vocales Hundskopf y Espinoza, que no se pudo acreditar la solicitud por parte de una de las comensales de una carta azul y la negativa de su entrega, por parte del personal del restaurante.

**¿Estamos frente a un trato desigual razonablemente justificado?** Para apoyar este argumento, cabe referir la fundamentación de Luis Díez-Picazo en la sentencia de 1982, del TC español citada *ut supra*, para quien lo razonable es medible de “acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados”. Entonces, ¿era razonable pensar que un hombre que invita a una mujer a cenar pagará la cuenta? ¿Tras la idea del hombre galante que invita a cenar a una mujer, no subyace un juicio de valor respecto del comportamiento del estereotipo del hombre romántico y caballeroso? Pensamos que sí. Es por ello que la decisión final se equivoca al analizar la problemática exclusivamente desde el lado de las mujeres, cuando hubiese sido deseable que efectuara una ponderación entre todos los juicios de valor concurrentes.

De otro lado, el trato desigual a favor de las mujeres comensales establecido por el proveedor, no les generó ningún daño, no se les prohibió el acceso al establecimiento por razón de género o sexo, ni tampoco se vulneró su derecho a la información, pues el acceso a esta —como señalamos líneas atrás— no se restringió y menos anuló. Se puede afirmar, en consecuencia, que no se trata de una vulneración al derecho a la igualdad pues no se han menoscabado los derechos de las mujeres ni atentado contra su dignidad. La galantería a la antigua no constituye un acto discriminatorio y menos aún afecta el interés colectivo. Al contrario, es un homenaje a la mujer, un halago que no debería cesar nunca, en procura de hacerla sentir más especial de lo que ya es. Que una empresa del mercado peruano pretenda rescatar y fomentar tan noble comportamiento no puede configurar, insistimos, un acto discriminatorio.

El cambio de criterio de la Sala en pro de un concepto unitario de discriminación no significa, necesariamente, que todas aquellas prácticas o actos desiguales o diferenciados, constituyan manifestaciones discriminatorias. La distinción sutil entre discriminación y tratos desiguales no discriminatorios no ha dejado de existir y es, justamente, la labor de los vocales de la Sala el poder deslindar e interpretar correctamente la norma a fin de dejar en claro qué actos sí son discriminatorios y cuáles no.

Sin embargo, la SPC consideró que sí se trataba de un acto discriminatorio y sancionó a la empresa denunciada con 50 UIT. El fundamento 78 de la resolución final indica que “por incurrir en prácticas discriminatorias, corresponde imponerle una sanción ejemplar, que desincentive a los proveedores de incurrir en las referidas prácticas en contra de los consumidores como la detectada”. Esta “sanción ejemplar” responde a criterios de graduación como el beneficio ilícito esperado con la realización de la infracción, la

probabilidad de detección, el daño resultante de la infracción, los efectos que pudiera ocasionar en el mercado y otros criterios que el tribunal considere.

Empero, de la lectura de la resolución en la parte concerniente a la graduación de la sanción no se observa que dichos criterios hayan sido aplicados en la determinación de la cuantía de la multa. No se ha explicado ni demostrado que el trato desigual o diferenciado haya generado algún beneficio ilícito, ni un daño a las consumidoras (aunque lo exponga de forma genérica en el fundamento 81) y menos aún efectos negativos en el mercado. Más bien, nos parece un monto exagerado y desproporcionado, para la práctica empresarial denunciada.

## **A MANERA DE CONCLUSIÓN**

En línea de principio, nos mostramos en favor de la sanción ejemplar de cualquier práctica comercial que tienda a discriminar a los consumidores por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole (edad de la persona o por su pertenencia al colectivo LGTB), como pretende el artículo 38 del CPDC en diálogo con el artículo 2.2 constitucional.

No obstante, la autoridad de aplicación debe procurar un análisis más detenido de aquellos casos problemáticos sometidos a su fuero, más aun los referidos al género de las personas, en lo posible, alejando todo tipo de prejuicios que en nada contribuyen a la emisión de decisiones correctas. El caso del restaurante La Rosa Náutica es una muestra palmaria de ello. El resultado: considerar discriminatoria una práctica comercial que valiéndose de un trato diferenciado entre hombres y mujeres (no entregándoles a estas cartas con los precios de los productos, si es que acudían en pareja), apuntaba a halagar a aquellas por medio de un acto de galantería,

propio de las buenas maneras aceptadas por la sociedad en general. Una práctica empresarial que resultaba a todas luces justificada, objetiva y razonablemente (no discriminatoria, por tanto); y que no supuso, por lo demás, afectación alguna del derecho a la información que les correspondía, ni menos de su igualdad o dignidad personales.

De ahí entonces que nos mostremos contrarios a lo decidido por la Sala Especializada en Protección al Consumidor, y más en cuanto al monto de la multa, por las consideraciones expuestas líneas atrás.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Carmona, E. (2015). La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista española de Derecho Constitucional* (104).
- Eguiguren, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et Veritas* (15).
- Fernández Segado, F. (1996). El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español. En: AA.VV. *Derechos humanos de las mujeres*. Lima: Movimiento Manuela Ramos.
- Gil Ruiz, J. (2017). En torno al artículo 14 de la CEDH: Concepto, Jurisprudencia y Nuevos desafíos de (y ante) el Consejo de Europa. *Quaestio Iuris*, 10 (2).
- Indecopi. (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi*. Recuperado el 15/11/2019, de <<https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminación+en+el+Perú/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094>>.
- Jacqmain, J. (noviembre de 2018). Crónica de la Jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1.9.2917 a 31.8.2018). *Journal de Droit Européen*.
- Ossola, F.A. (2017). La obligación de informar. En: *Manual de Derecho de Consumo*, Federico M. Álvarez Larrondo (Director) – Gonzalo M. Rodríguez (Coordinador), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, pp. 219-263.
- Radacic, I. (2008). Gender equality jurisprudence of the European Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, 4 (19).

### JURISPRUDENCIA

- STC 49/1982 (1982), Recurso de Amparo N° 21/1982. Recuperada de <<https://tc.vlex.es/vid/1-2-14-3-4-5-u-6-15034859>>
- STC Exp. N° 3533-2003-AA/TC. Recuperada de <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03533-2003-AA.html>>
- STC Exp. N° 2974-2010-PA/TC. Recuperada de <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02974-2010-AA.html>>
- STC Exp. N° 5157-2014-PA/TC. Recuperada de <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/05157-2014-AA.pdf>>
- Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI, del 24 de julio de 2019. Recuperada de <<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscaadorResoluciones/tribunal.seam>>