

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

La aplicación de las cláusulas abusivas en el código de protección y defensa del consumidor y la posible vulneración de los artículos 58° y 59° de la Constitución de 1993

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

AUTOR

Kristiam Herrera Carrasco

ASESOR:

César Augusto Higa Silva

2018

RESUMEN

Las cláusulas abusivas sirven para evitar contratos de consumo exorbitantes o injustificados para el consumidor sin que éste haya sido advertido, lo cual afecta directamente al desarrollo del mercado. La discusión, por lo tanto, surge si la existencia de esta regulación está debidamente justificada para corregir las fallas del mercado. O, por el contrario, sobreprotege al consumidor bajo la débil premisa de que estas cláusulas evitan el supuesto abuso de las empresas sobre los servicios o productos que ofrecen en el mercado, a pesar de que el consumidor debería ser diligente al leer y conocer todas las cláusulas de un contrato.

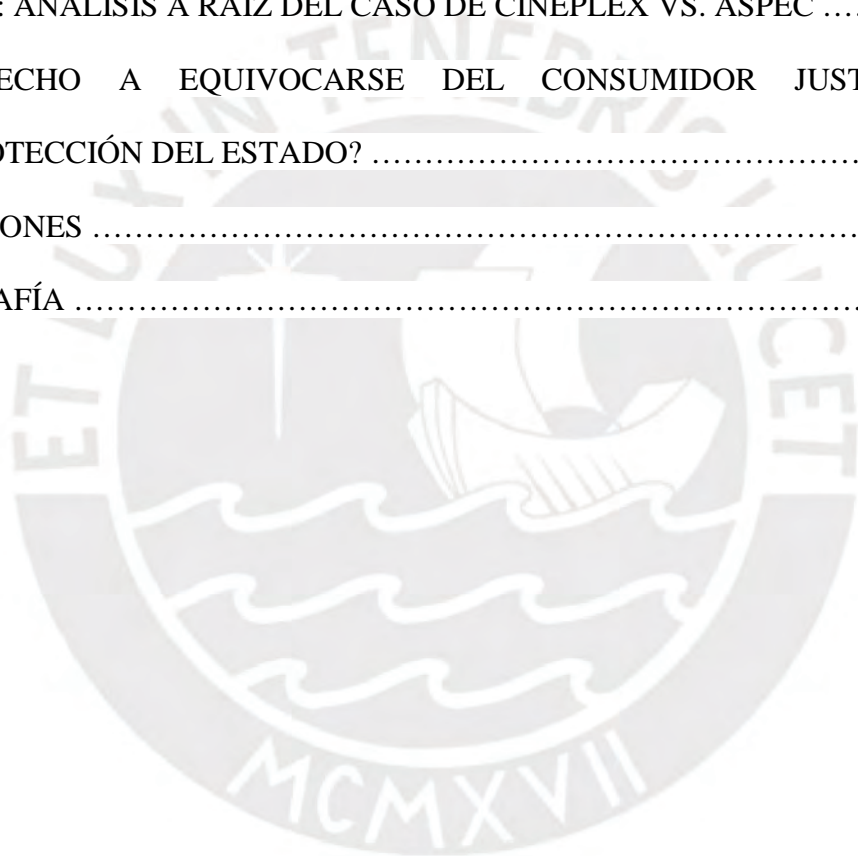
De este modo, el presente trabajo busca responder las interrogantes que podemos encontrar en la aplicación de las cláusulas abusivas en el contrato de consumo bajo el marco constitucional. Ante ello, este debate nos hace preguntarnos si la falta de diligencia del consumidor al leer las cláusulas de un contrato para que decida libremente si opta o no por el servicio o producto, justifica la sobreprotección del Estado frente al error de no leer las condiciones establecidas por el proveedor.

Finalmente, este trabajo concluye que la regulación de las cláusulas abusivas origina, en algunos casos, la vulneración del derecho fundamental a la libertad de empresa reconocido en la Constitución, en especial a la libertad de organizar su modelo un negocio que sí cumple con brindar la información e idoneidad requerida. Como consecuencia, la Administración muchas veces interviene para establecer cómo se tiene que conducir una empresa a pesar de que cumpla con los principios y derechos de información e idoneidad, sin considerar las razones económicas que tiene cada negocio para el desarrollo de su actividad empresarial, afectando de esta manera el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, el derecho a equivocarse del consumidor no justifica una sobreprotección del Estado si se refuerza la regulación de la información e idoneidad en vez de las cláusulas abusivas. Puesto que puede ocurrir como el conocido caso de Cineplex vs Aspec, en el que la Sala ha asumido un derecho inexistente en nuestro ordenamiento, el cual esta investigación ha denominado: “el derecho a **ingresar con productos alimenticios adquiridos fuera del establecimiento para acceder a ver una película**”, ya que de esta sería la única manera que justificaría su intervención en el caso analizado para proteger al consumidor.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	p. 3
II. ¿SE JUSTIFICA LA REGULACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS PARA PROTEGER EL DERECHO DE ELECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES?	p. 4
III. ¿SE VULNERA EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE EMPRESA O ALGÚN DERECHO SIMILAR A ESTE AL ESTABLECER UNA CLÁUSULA ABUSIVA?: ANÁLISIS A RAÍZ DEL CASO DE CINEPLEX VS. ASPEC	p. 9
IV. ¿EL DERECHO A EQUIVOCARSE DEL CONSUMIDOR JUSTIFICA LA SOBREPOTECCIÓN DEL ESTADO?	p. 14
V. CONCLUSIONES	p. 19
VI. BIBLIOGRAFÍA	p. 21



I. INTRODUCCIÓN

El contrato de consumo es aquel donde se puede hallar la mayoría de los casos de cláusulas abusivas, las cuales están divididas en ineficacia absoluta en el artículo 50¹ e ineficacia relativa en el artículo 51² del código de protección y defensa del consumidor (en adelante, el código). Ello debido a que el proveedor cuenta con predominio que le permite procurarse una ventaja en desmedro del consumidor, si es que no le ha informado, pues establece las condiciones contractuales ya que conoce las características del producto o servicio. Esta última premisa ha sido denominada por la doctrina como “asimetría informativa” y como parte de ello nuestro ordenamiento jurídico justifica su regulación para solucionar esta falla del mercado.

¹ Artículo 50.- Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta

Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

- a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.
- b. Las que faculden al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- c. Las que faculden al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- d. Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato.
- e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.
- f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.
- g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.
- h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.

² Artículo 51.- Cláusulas abusivas de ineficacia relativa

De manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, las siguientes:

- a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.
- b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica.
- c. Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.
- d. Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos.
- e. Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales.
- f. Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato.

En este contexto, mucho se ha dicho sobre la libertad de empresa y el perjuicio que causa el código al mercado, ya que pretende regular ciertas cláusulas abusivas que podrían iniciar el debate sobre la vulneración de los mandatos constitucionales de libre iniciativa privada o libertad de empresa.

La discusión, por lo tanto, surge si la existencia de esta regulación está debidamente justificada para corregir las fallas del mercado, así se evitaría contratos de consumo exorbitantes o injustificados para el consumidor sin que éste haya sido advertido, lo cual afecta directamente el desarrollo del mercado. O, por el contrario, sobreprotege al consumidor bajo la débil premisa de que estas cláusulas evitan el supuesto abuso de las empresas sobre los servicios o productos que ofrecen en el mercado, a pesar de que el consumidor debería ser diligente al leer y conocer todas las cláusulas de un contrato.

De este modo, el presente trabajo busca responder las interrogantes que podemos encontrar en la aplicación de las cláusulas abusivas en el contrato de consumo bajo el marco constitucional. Ante ello, este debate nos hace preguntarnos si la falta de diligencia del consumidor al leer las cláusulas de un contrato para que decida libremente si opta o no por el servicio o producto, justifica la sobreprotección del Estado frente al error de no leer las condiciones establecidas por el proveedor.

II. ¿SE JUSTIFICA LA REGULACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS PARA PROTEGER EL DERECHO DE ELECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES?

Para responder esta pregunta es relevante conocer uno de los objetivos del código: eliminar la asimetría informativa en el contrato de consumo, la cual explicamos a continuación para luego detallar las cláusulas abusivas en este tipo de contratos.

La asimetría informática en el contrato de consumo

La Constitución Política del Perú y El Código Civil peruano contempla que el contrato se constituye como dos o más manifestaciones de voluntad que coinciden y en el que se crea, modifica o extingue una relación jurídica. Sin embargo, el contrato de consumo presenta características especiales a diferencia de otros contratos, así Villota Cerna señala:

El contrato de consumo es una categoría general de contratos o un grupo de contratos que guardan una particularidad en relación al contrato en general. Su nota característica es que interviene como parte un consumidor, quien se encuentra en una situación de asimetría frente al proveedor, lo cual genera un régimen especial de protección. A diferencia del derecho civil que está estructurado bajo el principio de igualdad entre las partes, salvo claro está algunos casos de *favor debitoris*, el derecho de consumo parte de una situación de asimetría o de desequilibrio entre el consumidor y el proveedor. La situación de desequilibrio puede obedecer a una asimetría informativa, contractual o de cualquier otro tipo relevante para la relación de consumo, conforme lo establece el principio de corrección de asimetría que se refiere el inciso 4 del artículo V del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor. (2015: 1)

Entonces, se puede evidenciar que la peculiaridad de los contratos de consumo es que una de las partes contratantes, a quien se denomina proveedor, está especializada en productos y/o servicios; por otro lado, la persona que adquiere el producto y/o servicio es denominado consumidor. Así lo determina el código en su artículo 45°: “El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica (...)”

De dicha regulación se advierte que este contrato sería de prestaciones recíprocas. Asimismo, se puede asegurar que el proveedor conoce las características del objeto o servicio que brinda. De esta manera existe una situación evidente frente al consumidor, la cual es denominada asimetría informativa debido a la ventaja de información que manejan los proveedores. Esta regulación responde a la finalidad de que el consumidor puede acceder a los productos o servicios con toda la información necesaria. A su vez, se busca que se satisfagan las expectativas de manera genuina, accesible al presupuesto, y que, sobre todo, se brinde aquello que se ofreció por parte del proveedor.

Ahora, de acuerdo con la idea del autor Guido Alpa, el contrato de consumo normalmente se presenta a través de la contratación masiva. De esta forma se concretan la mayor cantidad de intercambios entre consumidores y proveedores en el mercado, es decir supuestos, en donde masas de consumidores al mismo tiempo demandan grandes cantidades de productos o

servicios, siendo el bloque de proveedores los encargados de ofertar tantos productos o servicios sean requeridos. Así pues, los contratos por adhesión o sujetos a cláusulas generales de contratación son manifestaciones de la contratación masiva y, por ende, del contrato de consumo. En este tipo de contratos se advierte la ausencia de la negociación y un estándar en las condiciones del contrato. (2004: 214 -2015)

Por lo tanto, en el contrato de consumo se puede hallar la mayoría de los casos de cláusulas abusivas, toda vez que el proveedor cuenta con predominio que le permite procurarse una ventaja en desmedro del consumidor para tomar una decisión, si es que no advierte todas las condiciones contractuales, lo que evidenciaría la denominada asimetría informativa.

Las cláusulas abusivas en el contrato de consumo

Para el autor Espinoza Espinoza estas cláusulas no deben ser llamadas abusivas sino vejatorias, señalando lo siguiente:

Frente a la predominante posición de acuñar el término de “cláusulas abusivas”, propongo utilizar el de “cláusulas vejatorias”, por cuanto en nuestra tradición jurídica el término *abuso*, suele asimilarse al de *abuso de derecho*, cuyo contenido conceptual es el de un principio general del derecho , definido como una limitación intrínseca del derecho subjetivo que al trasgredirse (o pretender trasgredirse procesalmente), genera (o podría generar) daños a terceros, aplicándose para remediarlo, en el primer caso, la normatividad relativa a la responsabilidad civil, y en el segundo, declarando judicialmente su ineficacia. (2006: 216)

Asimismo, sobre el particular Manuel De la Puente señala que “las cláusulas abusivas son aquellas cláusulas generales de contratación que alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes” (2007: 784). Del mismo modo, Rodríguez Chávez concuerda lo siguiente:

En este sentido, podrá ser considerada como abusiva, aquella cláusula o conjunto de ellas que en la relación de consumo concretada mediante contratos por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, impongan un desbalance en los derechos y

obligaciones del proveedor y consumidor, con el objeto de reflejar beneficios exclusivos o excesivos para el proveedor a costa del consumidor. (2014:07)

Dicho lo anterior, para poder determinar en el contrato de consumo cuándo una cláusula puede calificar como abusiva, es necesario recurrir al artículo 49° del Código, el mismo que establece como criterio a las cláusulas que “vayan contra las exigencias mínimas de la buena fe” y aquellas que “generen una situación de desventaja o desigualdad o anulen los derechos del consumidor”. Así, se puede afirmar que estaremos frente a una cláusula abusiva cuando, por un lado, no exista una negociación entre el proveedor y el consumidor frente a la cláusula en discordia; y, a su vez, por otro lado, se evidencie un perjuicio al consumidor vulnerando sus derechos reconocidos ante una situación desigual. Es decir, que concurren estos dos supuestos para proceder a analizar el supuesto perjuicio ocasionado.

Como parte de este análisis, es importante tener en cuenta que, para el caso de las cláusulas generales de contratación, el Código contempla desde los artículos 52° al 55° las normas de aprobación administrativa, las cuales incluyen las que otorgan la potestad de control administrativo. Además, este bloque de artículos admite que las cláusulas en discordia pueden ser objetadas tanto por el camino administrativo como el judicial.

Análisis específico del derecho del consumidor en el inciso e) de la lista taxativa considerada como abusiva del artículo 50° del código

Respecto a ello, es relevante mencionar la cláusula abusiva de ineficacia absoluta. Así, el autor Falla señala:

La ley ha establecido dos tipos de cláusulas abusivas. Unas están penadas con ineficacia absoluta y otras por ineficacia relativa. Las absolutas, que están prohibidas per se, están listadas en una cláusula cerrada. En estos supuestos, nadie dudaría que efectivamente le estén quitando un derecho al consumidor. Por ejemplo, está prohibida de forma absoluta aquellas cláusulas que permiten que el proveedor se exonere de cualquier incumplimiento que se genere por su dolo o por una acción de su responsabilidad. Obviamente una cláusula así sería abusiva y hay una grave afectación al consumidor. (2018: sn)

De esta manera, dentro de las diferentes cláusulas abusivas recogidas en nuestro ordenamiento, hay una en particular que ha sido considerada de ineficacia absoluta, la cual está contemplada en el inciso e) del artículo 50° del Código. En dicho apartado se determina lo siguiente: “e) Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer derechos de retención, consignación entre otros” (énfasis añadido).

La posición de este trabajo académico es que este inciso no debería ser considerado para que sea aplicado en una lista taxativa, puesto que se presta a ambigüedades que perjudican al proveedor. A pesar de que existen supuestos en los que hay una ausencia de negociación, se debería tener en cuenta que en esos casos no se limita el derecho a elección del consumidor en ningún momento de celebrado el contrato de adhesión. Es decir, debemos partir de la premisa de que el consumidor puede discernir si desea adquirir el producto o no, asumiendo todas las condiciones informadas. Asimismo, el precio del producto no podría ser considerado como el único determinante para adquirirlo, ya que al final es el consumidor el que tomará la decisión en base a diversos factores que no necesariamente tienen directa relación con el precio.

En ese orden de ideas, la protección que brinda el Código frente a la aplicación de las cláusulas abusivas es que el consumidor solo tendría la libertad de contratar, y se entiende, no tendría la libertad contractual. Sin embargo, es justamente esa la finalidad de los contratos por adhesión, figura que se encuentra permitida en nuestro ordenamiento. Con ello, se podría decir que, si un consumidor acepta las condiciones, a pesar de la variedad de productos o servicios que existen en el mercado, es porque para él sí vale la inversión económica y el tiempo empleado en el servicio ofrecido por parte del proveedor. De este modo, frente a este supuesto específico no se justificaría la regulación para proteger el derecho de elección del consumidor pues no se necesita de la ayuda del Estado para tomar una decisión personal y subjetiva.

III. ¿SE VULNERA EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE EMPRESA O ALGÚN DERECHO SIMILAR A ESTE AL ESTABLECER UNA CLÁUSULA ABUSIVA?: A RAÍZ DEL CASO DE CINEPLEX VS. ASPEC

Para responder a ello, se debe mencionar que la Constitución Política de 1993 contempla un régimen económico como parte de sus derechos fundamentales, ya que al ser un Estado con un modelo social de mercado los derechos recogidos en el Título III de la Carta Magna cuentan con una protección en el ámbito jurisdiccional.

Es así que, por mencionar algunos artículos, la Constitución de 1993 establece lo siguiente:

“Artículo 58°.- Economía Social de Mercado

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

Artículo 59°.- Rol Económico del Estado

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”

Para poder desarrollar estos artículos, el Tribunal Constitucional - máximo intérprete de la Constitución - ha reconocido en su jurisprudencia al explicar el artículo 58° que la iniciativa privada debe permitirse en cuanto sea posible; y, el Estado, solo en cuanto sea necesario. Así, la sentencia N° 0008-2013-AI/TC concuerda en su fundamento 17 lo expresado por Marcial Rubio en el sentido que “las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de sus vidas cotidiana y de su capitalización”. Y, desarrolla en el fundamento 18 que “la iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los

cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares.”

Por otro lado, el artículo 59° de la Constitución reconoce que el Estado debe estimular la creación de la riqueza al permitir la actividad de los privados y la excepción debería ser la intervención estatal o de manera regulatoria ante las posibles fallas del mercado.

Por ello, a nivel de jurisprudencia el Tribunal Constitucional en el fundamento 15 de su sentencia N° 01405-2010-PA/TC ha establecido:

“De este modo, cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado”.

Asimismo, la libertad de empresa ha sido desarrollada por su doble carácter tanto subjetivo como esencial. De esta manera, como señala el autor Kresalja:

Así, pues, la libertad de empresa como derecho fundamental goza de un doble carácter: es, por un lado, un derecho subjetivo que le garantiza al individuo un estatus jurídico de libertad y, por otro, un elemento esencial del ordenamiento jurídico de la sociedad, en cuanto se configura como un marco de convivencia humana. Es necesario encontrar un equilibrio entre ambos aspectos y evitar que la normativa que regula su ejercicio devengue en intervencionismo, lo que no significa rechazar la normativa que resulta indispensable para la intervención de la administración. En este sentido, debe apreciarse que la supresión constitucional

de la libertad de empresa traería por los suelos todo el sistema democrático previsto en la Constitución. (2007: 35)

Esta afirmación presentada por el autor se complementa con lo que ha venido desarrollando el Tribunal respecto a este tema en el cual convergen tanto las libertades individuales y colectivas que influyen en el desarrollo del individuo y del país en cuanto al ejercicio y aplicación del derecho:

“En reiterada y uniforme jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 - libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras -, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades deban encontrar soluciones con base a una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43° de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58° de la Constitución). En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidentemente con esta concepción, la Constitución en su artículo 60° reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional” (STC 01963-2006-PA/TC: Fundamento 3).

De lo desarrollado, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional, los artículos 58° y 59° la Constitución amparan la libertad de empresa y garantizan el derecho fundamental a todas las personas a participar en la vida económica del país. Es cierto, como señala Zambrano, que: “La libertad empresarial consistiría en defender este medio de vida, o subsistencia; pero cabe aclarar que no toda forma de obtener medios para la subsistencia pueden ser considerados protegidos por la libertad de empresa, así las mafias que utilizan actos y violentos como medios de vida no pueden ser considerados protegidos, sino todo lo

contrario; es decir solo se protege a la libertad de empresa que signifique actos o medios de vida, y no lo contrario.” (2017: s/n)

Finalmente, como parte de este análisis debemos también recoger lo que nuestro ordenamiento ha definido como economía social de mercado, para este fin podemos citar a Landa el cual establece que “la economía social de mercado busca integrar razonable y proporcionalmente dos principios aparentemente contradictorios entre sí: por un lado, el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado, y; por otro lado, el principio de igualdad y de solidaridad social. Esto quiere decir que este modelo busca ofrecer un bienestar social mínimo para todos los ciudadanos, a través de las reglas del mercado, donde la iniciativa privada sigue siendo fundamental en el sistema, pero queda delimitada por la igualdad.” (2002:221)

Con ello, se ha abordado de forma general el carácter económico de la Constitución para poder responder a la pregunta si es que se ha vulnerado alguno de estos derechos al incorporarse las cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico. Y, es que debemos recordar que la Constitución ampara un libre mercado, pero con un carácter social. Asimismo, lo que ha buscado el Tribunal Constitucional es reforzar que el mercado cuente con consumidores racionales para sustentar que no todos los sujetos involucrados parten de una situación de equidad.

No obstante, a manera de ilustración podemos comentar la resolución de febrero de 2018 de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual sobre el caso de Cinemark y Cineplex. La mencionada resolución buscó amparar los derechos de los consumidores al justificar que la restricción de ingresar con alimentos ajenos a los módulos de confitería de los cines era abusiva, por lo que configuraba en una práctica abusiva de ineficacia absoluta. Sin embargo, el presente trabajo académico considera que, en este caso específico se podría decir que sí ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad de empresa reconocido en la Constitución. Puesto que se ha trasgredido el derecho que tiene todo empresario a organizar su modelo de negocio. Es decir, la Sala ha intervenido para establecer cómo se tiene que conducir una empresa de este rubro por considerarlo abusivo, sin considerar las razones económicas que tiene cada negocio para el desarrollo de su actividad empresarial, afectando de esta manera el ordenamiento jurídico.

Es más, se debe considerar que la Sala incluso ha realizado una regulación de precios en el mencionado caso, a pesar de que advierte no hacerlo, generando una ilegalidad en la resolución del caso de Cineplex, ya que en el fundamento 23 desarrolla lo siguiente:

“23. Asimismo, es pertinente indicar en este punto, cómo la legislación y doctrina comparadas resaltan, a su vez, que las normas sobre cláusulas abusivas no tienen por objeto la regulación de precios. Ello guarda coherencia con la economía social de mercado consagrada como régimen económico en el ordenamiento jurídico peruano, el cual tiene como uno de sus principales pilares la libertad de los privados de fijar los precios de los productos o servicios que ofrezcan en el mercado. De este modo, **el desequilibrio que se evaluará para determinar la existencia de una cláusula abusiva no será analizado en términos económicos atinentes al precio, sino más bien en términos jurídicos relacionados con los derechos y obligaciones asumidos por las partes, esto es, las posiciones que cada una de ellas asume en la relación contractual entablada: los desequilibrios en las prestaciones contractuales asumidas por las partes.**”

Es decir, la Sala solo limita su análisis a que el ámbito económico solo tiene que ver con materia de precios cuando lo económico abarca diferentes factores; además, en el mencionado fundamento la Sala aplica la lógica de no regular precios, pero sí corregir desequilibrios de una actividad que no es de necesidad pública, como es el caso de la proyección de películas al considerarla como una práctica abusiva.

Cabe resaltar, que el modelo de negocio de Cineplex no solo es la exhibición de películas sino también la venta de alimentos y actividades para reuniones privadas, pues así está establecido en su Estatuto que es público al formar parte de la Bolsa de Valores de Lima. Y, además, está registrado en los registros públicos, lo cual hace más accesible la información para que la Sala haya realizado un análisis completo del modelo de negocio. Esto demuestra, más aun, que la libertad de empresa, que implica la libre organización del negocio, en casos particulares como el mencionado no se ve favorecida ante este tipo de normativa legal. Por el contrario, cualquier decisión administrativa que considere una práctica abusiva traerá graves consecuencias económicas con la finalidad de proteger a un consumidor; a pesar de haber sido advertido e informado sobre las condiciones del modelo de negocio.

IV. ¿EL DERECHO A EQUIVOCARSE DEL CONSUMIDOR JUSTIFICA LA SOBREPOTECCIÓN DEL ESTADO?

Para ello hay que considerar que el sistema de protección al consumidor resguarda que este pueda decidir libre e informadamente los bienes y servicios, los cuales son adquiridos en las transacciones que lleve a cabo en el mercado.

Esta libertad implica que no deben existir ambigüedades, engaños o imposiciones sobre la decisión que adopte el consumidor. De esta manera, el artículo V del Título Preliminar del Código establece como uno de sus principios fundamentales el de “Soberanía del consumidor” el cual precisa que las decisiones libres e informadas de los consumidores generan un impacto positivo en las condiciones de los productos y servicios ofrecidos. Ello, en concordancia con lo establecido en el artículo 1º.1 inciso f) del Código, el cual establece el derecho de los consumidores de elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad que se ofrecen en el mercado. Otro de los principios establecidos en el mencionado artículo V es el de “Buena Fe” que establece que los consumidores y proveedores deben guiar su conducta de acuerdo con el principio de buena fe y lealtad entre las partes.

Sobre la base de lo anterior, el consumidor debe tener la facultad de poder elegir libre e informadamente sobre los bienes y servicios que desea adquirir en el mercado. La demanda del consumidor se ve influida por una serie de factores que determinan su decisión final, los cuales pueden ser sus preferencias, el *stock* disponible, el precio de los bienes relacionados y los precios de los productos a adquirir. En la medida de que estos precios provengan de la libre competencia entre empresas, se van a generar menos distorsiones en el mercado y, por ende, la fijación de precios será más beneficiosa para el consumidor.

Sin embargo, muchas veces se sanciona al proveedor cuando limita el derecho a la elección de los consumidores como parte del modelo de negocio, pero es de opinión de esta investigación que cuando ocurre este supuesto no se configuraría ninguna práctica que vulnere o restrinja el derecho de los consumidores como lo señalan muchos autores, específicamente el derecho de elegir libremente los productos o servicios que desea adquirir.

Con ello, tenemos que a los consumidores se les limita la variedad de productos o servicios ofrecidos, pero eso no significa que se les coacciona a elegir un producto o servicio en específico. Esto significa que pueden acudir a otras empresas incluso a un menor precio y con un servicio similar. No obstante, es pertinente precisar que, aunque se restrinja la variedad de productos o servicios en un establecimiento, la decisión que tienen los consumidores sigue siendo libre de elegir frente a las diversas alternativas que tienen en el mercado.

A propósito del derecho a equivocarse del consumidor, analizaremos un tópico del caso de Cineplex vs ASPEC: ¿Existió una debida motivación de la Sala para justificar que hubo una cláusula abusiva por parte de Cineplex hacia los consumidores?

Para responder a la siguiente pregunta, debemos considerar tres puntos de análisis: la Constitución Política del Perú, la jurisprudencia de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional y el análisis del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley 27444.

En cuanto a la Constitución Política del Perú, esta establece en el artículo 178° como un principio y derecho de la función jurisdiccional la motivación. Específicamente desarrolla lo siguiente:

“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los derechos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

El sentido literal del artículo se refiere a la función jurisdiccional. No obstante, al analizar si el principio de motivación también debe aplicarse a una resolución administrativa entonces debe tenerse en cuenta el artículo 3° de la carta magna, el cual establece lo siguiente:

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

De ello se puede colegir que la motivación también aplica para una resolución administrativa debido a que:

- i) Toda persona cuenta con el derecho constitucional a obtener una decisión fundada y motivada dentro del marco del Estado democrático de derecho. De esta forma, un acto administrativo debe justificado dentro de los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico.
- ii) El artículo 3° de la Constitución no establece como condición que dicho derecho este limitado a una función jurisdiccional, es decir emitida por un juez. De esta forma, realizando una interpretación sistemática de la Constitución, no existe restricción para que se aplique en sede administrativa.

Como segundo punto de análisis, se ha revisado pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional respecto del derecho a la motivación en una resolución administrativa. En base a ello, a continuación, se presentan tres resoluciones previas del Tribunal Constitucional, en el que se ha señalado textualmente lo siguiente:

“La motivación constituye una garantía constitucional del administrado que busca evitar la arbitrariedad de la Administración al emitir actos administrativos.

(...)

En atención a este, se reconoce que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (...).” (STC N° 04123-2011-PA/TC: Fundamento 5)

“La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional(...).” (STC N° 00091-2005-PA/TC)

“(…) no solo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta, pero suficiente, las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”. (STC N° 8495-2006-PA/TC)

Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional se complementa con lo que dicen otros autores. Por ejemplo, el autor Morón menciona lo siguiente: “El incumplimiento de la motivación administrativa puede dar lugar a consecuencias sobre los actos administrativos mismos y sobre las autoridades que los emiten. Las sanciones sobre los actos son la nulidad (cuando se omita la motivación o ella revele contravención legal o normativa) o la necesidad de dictar un nuevo acto para enmendarlo (en caso de motivación incongruente, imprecisa, insuficiente o parcial)” (2006: 147)

Adicionalmente, Guzmán Napurí señala lo siguiente: “La motivación del acto administrativo resulta ser un componente esencial del principio del debido procedimiento, el mismo que como lo hemos señalado anima el funcionamiento del procedimiento administrativo general en todas sus etapas.

La motivación permite, en primer lugar, que el administrado conozca los fundamentos y presupuestos que dan lugar a la resolución, para efectos de la ejecución del acto o la interposición de los recursos que correspondan. En segundo término, permite a la Administración una ejecución adecuada de las resoluciones que la misma emite, así como posibilita la revisión de oficio de los actos administrativos por parte de la Administración, incluyendo la llamada acción de lesividad.

A mayor abundamiento, la falta de motivación equivale a una falta de fundamentación y afecta la validez del acto, ya que la Administración Pública no puede obrar arbitrariamente. Las decisiones de las entidades deben expresar los motivos de hecho y de derecho que concurren para determinar la legitimidad del acto. (...)

No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto. A ello se denomina ‘motivación aparente’ puesto que no presenta todos los

elementos fácticos y jurídicos que justificarían de manera razonable la decisión o que permitirían verificar la razonabilidad de la misma”. (2004: 174)

Finalmente, el TUO de la Ley 27444 menciona en el artículo 3° que la motivación es uno de los cuatro requisitos de validez de los actos administrativos. Específicamente menciona que el acto administrativo debe de estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. Como complemento a dicho artículo, el TUO establece en su artículo 6° las condiciones para que se genere una motivación en el procedimiento administrativo.

De esta forma, en función del análisis constitucional y las evidencias presentadas de resoluciones y normativas relacionadas, se puede concluir que cualquier resolución administrativa debe estar debidamente motivada.

En el caso de Cineplex vs Aspec, es de opinión de esta investigación que la resolución emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor no ha estado debidamente motivada incumpliendo el requisito de validez. Así, este acto administrativo implica un vicio de fondo el cual debería originar su nulidad debido a que la Sala no ha cumplido con sustentar adecuadamente la resolución. Asimismo, implicaría un vicio de arbitrariedad porque no se ha cumplido con el principio de legalidad y tipicidad, el cual es reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un requisito indispensable para motivar cualquier resolución administrativa.

Por tan solo citar un fundamento de la Sala, el cual señala lo siguiente:

“71. Al respecto, este Colegiado considera que distinto sería el caso en que un determinado proveedor prohibiera de manera general y absoluta el ingreso a un establecimiento con alimentos, en atención a la existencia de una causa objetiva y justificada; tal como por ejemplo sucede en el caso de los teatros. No obstante, esta Sala verifica que, en el presente caso, tal restricción únicamente alcanza a los productos que el consumidor adquiere en el exterior del mismo. Bajo tal criterio, y, en la medida que el proveedor está permitiendo el ingreso de los consumidores al cine con los alimentos adquiridos en su local, no resultaría justificado que se impida el ingreso de aquellos que fueron adquiridos al exterior.”

Es decir, la Sala se pone en el supuesto de una causa objetiva y justificada, entonces por qué resuelve que los consumidores solo ingresen con productos iguales a los vendidos en el establecimiento (ejemplo: hot dog) y no similares (ejemplo: chorizo). Ello, evidentemente, genera una confusión ante la intervención de la decisión adoptada por la Sala.

Finalmente, a pesar de no haber cumplido con la debida motivación la Sala aplica una medida correctiva a Cineplex que trae como consecuencia una intervención a su modelo de negocio. Por ello, la cuestionada resolución ha omitido valorar ciertos factores como i) información del modelo de negocios detallado en el estatuto registrado en la Bolsa de valores de Lima y en Registros Públicos; y, ii) análisis del modelo de negocio **desde la creación de la empresa**. Todo ello, bajo la premisa principal que motivó esta controversia: la cláusula abusiva de ineficacia absoluta, a pesar de que los consumidores fueron advertidos de los términos y condiciones del contrato de adhesión.

V. CONCLUSIONES

Este trabajo académico sostiene que la regulación de las cláusulas abusivas debería reformularse en el código de protección y defensa del consumidor y poner, en todo caso, más énfasis al derecho y principio de la información e idoneidad. La finalidad de los contratos por adhesión brinda la posibilidad al consumidor de aceptar o no el cuestionado contrato, con ello podría decir que, si un consumidor acepta las condiciones, a pesar de las diversas opciones que existen en el mercado, es porque para él sí vale la inversión económica y el tiempo empleado en el servicio ofrecido por parte del proveedor.

La regulación de las cláusulas abusivas origina, en algunos casos, la vulneración del derecho fundamental a la libertad de empresa reconocido en la Constitución, en especial a la libertad de organizar su modelo un negocio que sí cumple con brindar la información e idoneidad requerida. Como consecuencia, la Administración muchas veces interviene para establecer cómo se tiene que conducir una empresa a pesar de que cumpla con los principios y derechos de información e idoneidad, sin considerar las razones económicas que tiene cada negocio para el desarrollo de su actividad empresarial, afectando de esta manera el ordenamiento jurídico.

El derecho a equivocarse del consumidor no justifica una sobreprotección del Estado si se refuerza la regulación de la información e idoneidad en vez de las cláusulas abusivas. Puesto que puede ocurrir como el conocido caso de Cineplex vs Aspec en el que la Sala ha asumido un derecho inexistente en nuestro ordenamiento, el cual esta investigación ha denominado: “el derecho a **ingresar con productos alimenticios adquiridos fuera del establecimiento para acceder a ver una película**”, ya que esta sería la única manera que justificaría su intervención en el caso analizado para proteger al consumidor.



VI. BIBLIOGRAFÍA

ALPA, Guido

2004 *Derecho del Consumidor*. Lima: Gaceta Jurídica, Juan Espinoza Espinoza – traductor.

ALZA BARCO, Carlos

2011 “¿Qué se entiende por regulación? Enfoques y equivocidad”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima. *Círculo de Derecho Administrativo*. No. 10, Tomo 2.

AMAYA AYALA, Leoni Raúl

2003 “La letra pequeña que nadie lee. Sistemas de control contra las cláusulas abusivas”. *Revista Actualidad Jurídica*, Tomo 120, noviembre. 2003.

BIANCA. Massimo

2009 “Técnicas de formación del contrato y nuevas tutelas: a la búsqueda de un Derecho privado europeo”. *Ius et Veritas*. Lima. No. 38.

BORDA, Alejandro

“Evolución de los derechos del consumidor en la legislación argentina”. En: *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*. Alterini.

BULLARD, Alfredo

2010. “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Lima, año 6, número 10

BULLARD, Alfredo

2010 “Los fantasmas sí existen: la doctrina de los actos propios”. *Ius et veritas*. Lima. No. 40.

CÁRDENAS QUIROZ, Carlos

2000 “Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas”. En: *Contrato y Mercado*, Gaceta Jurídica Editores, Primera edición, Lima, 2000.

DE LA PUENTE, Manuel

2007 *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores.

DURAND CARRIÓN, Julio

2008 “El consumidor razonable o diligente, el mito que puede crear un cisma entre los peruanos”. *Derecho & Sociedad*, Lima, año XIX, número 31.

ESCOBAR ROZAS, Freddy

2010 “Entendiendo el mercado: la contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa”. En: SÚMAR, Óscar (Editor), *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2012 *Derecho de los Consumidores*, Lima, Editorial Rodhas.

MONTERO GARCÍA – NOBLEJAS, Pilar

2011-2012 “El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores” En: *Actas de Derecho Industrial No. 32 (2011-2012)*, Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago de Compostela.

REJANOVINSCHI TALLEDO, Moisés

2016 *La elección del consumidor a un ambiente adecuado*. En: *Revista Actualidad Mercantil No. 4*.

RODRÍGUEZ CHAVEZ, Reyler

2014 “Tutela del consumidor contra cláusulas abusivas”. En http://www.derechoycambiosocial.com/revista035/TUTELA_DEL_CONSUMIDOR_CONTRA_CLAUSULAS_ABUSIVAS.pdf (consultado 18.05.18)

VILLOTA CERNA, Marco

2015

“Contrato de consumo, protección mínima del contrato de consumo y cláusulas abusivas”. En: http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2015/12/EL_CONTRATO_DE_CONSUMO.pdf (consultado el 20.05.18)

