

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



**“EL MERCADO EN CUANTO SEA POSIBLE Y EL ESTADO EN CUANTO
SEA NECESARIO”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA**

**AUTORA:
JOHANA CECILIA CABRERA NÚÑEZ**

**ASESOR:
HEBERT EDUARDO TASSANO VELAUCHAGA**

LIMA - PERÚ

DICIEMBRE, 2019

A mis padres que con su infinito amor hacen que
cada día yo sea un mejor ser humano.

Cecilia y Pepe, a ustedes se los debo todo.

A mi hermana Jenny y Joaquín, por tantas alegrías.

A mi asesor, el profesor Hebert Tassano.

A un gran amigo que me regaló la vida, Máximo Díaz.

Johana Cabrera.



RESUMEN

En la realidad peruana, específicamente, entidades del Estado, se han dado irregularidades plasmadas en los pronunciamientos de instituciones administrativas como es el caso del INDECOPÍ; por lo que, en la presente investigación, se procederá a analizar los recientes y controvertidos pronunciamientos de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, emitidos en las Resoluciones N° 0219-2018/SPC-INDECOPÍ del 2 de febrero de 2018 y N° 0243-2018/SPC-INDECOPÍ del 7 de febrero de 2018, mediante las cuales, la autoridad administrativa concluye que la restricción consistente en la prohibición de ingresar con alimentos y/o bebidas ajenas a los establecimientos comerciales de Cineplex S.A. y Cinemark del Perú S.R.L., constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores, específicamente, su derecho de elección. Pronunciamientos que consideramos ser abiertamente inconstitucionales por haber sido emitidos sin tener en consideración el test de ponderación desarrollado por el Tribunal Constitucional y el contenido esencial tanto de los derechos de los consumidores como los de la libertad empresarial. Es por ello que, ante dichos pronunciamientos, expresamos nuestro total desacuerdo; puesto que, se está realizando una excesiva protección a los derechos de los consumidores, dejando de lado la libertad empresarial, la misma que es reconocida constitucionalmente como derecho fundamental.

ÍNDICE

RESUMEN	1
ÍNDICE.....	2
INTRODUCCIÓN	3
Tema de Investigación:	3
Problema de Investigación:.....	7
Planteamiento de Hipótesis:	10
Planteamiento de Objetivos:.....	13
CAPÍTULO I	14
Estado del Arte:.....	14
CAPÍTULO II	41
Problema de Investigación:.....	41
CAPÍTULO III	52
Discusión:	52
Conclusiones:	63
BIBLIOGRAFÍA.....	65

Título:

**“EL MERCADO EN CUANTO SEA POSIBLE Y EL ESTADO EN CUANTO
SEA NECESARIO”**

INTRODUCCIÓN

Tema de Investigación:

En esta investigación se analizará si en la realidad peruana, actualmente, existe igualdad en la aplicación normativa reflejada en el ejercicio de derechos por parte del sector empresarial y los derechos de los consumidores o usuarios de determinado servicio, todo ello, dentro de una economía social de mercado.

Este análisis se realizará tomando como referencia, los pronunciamientos de un ente administrativo, específicamente, del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) respecto de los casos materia de su competencia.

Antes de ingresar al tema específico de estudio, es necesario consultar lo prescrito en nuestra carta magna. El artículo 58 de la Constitución Política del Perú, (en adelante, la Constitución), establece que **la iniciativa privada es libre**.

Si bien el artículo 59 de la Constitución, establece que el Estado se encarga de promover la creación de riqueza, garantizando la libertad de trabajo y la libertad de empresa; no hace referencia a la regulación de la iniciativa privada, sino que se ocupa de que su impacto no vaya en contra de la moral, salud y seguridad pública de la ciudadanía en general.

No existe regulación respecto a un modelo o tipo de negocio dentro de una economía social de mercado, por lo que, partiendo de ese punto, sostenemos que el Estado orienta el desarrollo del país y actúa promoviendo el empleo, salvaguardando la salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura puestos al consumidor.

De la lectura del ítem precedente, tenemos que el Estado actúa en diferentes sectores, empero no hace una mención de su actuar para con la libertad empresarial y sus relaciones con sus clientes (consumidores y/o usuarios) y no porque necesite hacerlo sino porque tal y como sustentaremos en la presente investigación, deja estos conceptos al libre ejercicio del papel empresarial.

Ello, resulta de gran relevancia para el inicio de nuestro estudio en la línea de estos sectores (empresa y consumidor) y la forma en que se interrelacionan dentro del mercado nacional, toda vez que, las reglas se encuentran establecidas, es decir, no son específicas, siendo el ente administrativo a cargo, el encargado de definir su aplicación para cada caso en concreto.

Para Purizaca, “el Estado debe asumir como imperativo procurar la puesta a disposición de las personas de servicios de calidad promoviendo el respeto a los derechos económicos de la ciudadanía” (2010, p. 2).

En ese momento y de forma preliminar, este autor nos da la idea de que la obligación del Estado peruano, es velar porque el ciudadano o la población, cuente con los servicios prioritarios y pone como ejemplo en que su intervención puede ejercerse en el servicio prioritario como es el de la salud como derecho fundamental de la persona.

Asimismo, elegimos a este autor porque su interpretación, va acorde con lo establecido en la Constitución y la forma en la que nos introducimos al tema, refiriendo que el Estado debe velar para que la puesta a disposición de productos o servicios por parte de las empresas, sea respetando los derechos fundamentales detallados precedentemente (salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura).

Hacer mención del derecho fundamental que se encuentra establecido en el artículo 2 inciso 15 de la Constitución Política del Perú, instituye un punto importante a tratar en esta investigación; ya que, estos corresponden no sólo a los ciudadanos como consumidores y usuarios, sino que se incluye además el derecho de los mismos ciudadanos para el ejercicio de la libertad que poseen para hacer o crear empresa, lo cual podría llamarse como una suerte de igualdad de condiciones para desarrollarse en el rol que les corresponde en determinado momento.

Siguiendo este razonamiento, el artículo 65 de la Constitución, prescribe que, en el derecho a la protección de los consumidores, el Estado actúa en defensa de sus

intereses, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, velando principalmente por la salud y la seguridad de la población.

El artículo I del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), instituye como un principio rector de la política social y económica del Estado, la protección de los derechos de los consumidores, desarrollado en el marco del artículo 65 de la Constitución y en un régimen de economía social de mercado.

Hasta este momento, todo lo ya analizado, se condice entre sí y nos da una mejor visión respecto al rol del Estado en las relaciones de las empresas y sus clientes o viceversa, respecto a los servicios y/o productos puestos a disposición en el mercado peruano y el impacto de los mismos.

El reciente y controvertido pronunciamiento de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi (en adelante, la SPC), emitido en las Resoluciones N° 0219-2018/SPC-INDECOPI del 2 de febrero de 2018 y N° 0243-2018/SPC-INDECOPI del 7 de febrero de 2018, la autoridad administrativa concluye que la restricción consistente en la prohibición de ingresar con alimentos y/o bebidas ajenas a los establecimientos comerciales de Cineplex S.A. y Cinemark del Perú S.R.L., constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores (derecho de elección).

Considerando ello así y realizando una interpretación conforme a la Constitución, tendríamos a todas luces una desigualdad de derechos; por lo que, se debe recurrir a la ponderación de los derechos a la libertad de empresa y a la protección del interés de los consumidores.

Para llegar a realizar dicha ponderación, se han tenido que superar antes, las fases del test de proporcionalidad (idoneidad y necesidad) y así proceder a analizar una ponderación de derechos en sentido estricto.

Dicha ponderación se realizará teniendo en consideración lo que señala el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC), en el fundamento 30 de la sentencia recaída en el Expediente N° 579-2018-PA/TC: “en cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del

derecho a la ejecución de las sentencias, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos (...).”.

Sin perjuicio de que desarrollaremos este test en lo sucesivo de esta investigación, hasta este momento podemos concluir preliminarmente que el pronunciamiento administrativo del Indecopi es inconstitucional, pues se sustenta erróneamente en la protección de los derechos de los consumidores tales como su derecho de elección, para vulnerar abiertamente la libertad de empresa, infiriéndose de manera preliminar una evidente desigualdad entre ambos derechos que son protegidos por la Constitución.

Lo desarrollado por la SPC en las resoluciones citadas, no va acorde con lo establecido en nuestra carta magna, respecto a la protección de la libertad empresarial y la libertad de elección de los consumidores y usuarios, pese a que ambos son reconocidos como derechos fundamentales.

Es aquí donde se nos permitirá mencionar la tan común frase que hemos escuchado por años respecto a que, los derechos de uno terminan donde empiezan los del otro, empero necesitamos averiguar la forma para establecer un equilibrio entre ambos, lo cual le da aún más valor a la realización de esta investigación.

Sostiene Escobar, tomando en cuenta la diversidad de preferencias y siendo que nadie está en mejor posición de proteger nuestros intereses que uno mismo, la intervención estatal en materia contractual resulta un tema bastante delicado. Sin embargo, no cabe duda que en experiencias foráneas estos mecanismos se mantienen con pleno vigor en la actualidad (citado en Cervera Mariluz & Obando Fernández, 2010, p. 3).

La intervención del Estado en una relación contractual o en la que específicamente trataremos en este trabajo de investigación que es la relación de consumo, se debe ejercer con sumo cuidado, toda vez que, la misma puede darse a notar como si nuestra economía estuviese establecida de acuerdo a un Estado socialista como en otros países se viene dando como es el caso especial de Venezuela; sin embargo, los peruanos debemos guiarnos bajo las reglas de una economía social de mercado.

Ello, nos hace pensar que la intervención del Estado no puede ser una suerte de imposición para alguna de las partes. Una interpretación conforme a nuestra

Constitución, permitiría al Indecopi determinar que la protección de los derechos de los consumidores, específicamente la protección a la libertad de elección de los consumidores, no incluye el derecho que tendrían los mismos a vulnerar el derecho de empresa del proveedor y viceversa.

Problema de Investigación:

¿Es incorrecta la ponderación realizada por el Indecopi, entre el derecho de elección del consumidor y la libertad de empresa del proveedor?

Considerando que el TC es el máximo intérprete de la Constitución, y es quien instituye e insta a utilizar el test de proporcionalidad tal y como abarcaremos en nuestro segundo capítulo, en principio sería la mejor opción para la emisión de un correcto pronunciamiento por parte de alguna autoridad estatal; sin embargo, el Indecopi, de acuerdo a su análisis, no lo consideró estrictamente necesario.

El problema suscitado hasta aquí es que en este punto, el Tribunal del Indecopi no ha analizado que su medida resulta ser desproporcionada, es decir, cuando va a analizar que la medida adoptada por los proveedores como parte de su modelo de negocio respecto a la prohibición a los consumidores del ingreso de sus alimentos a las salas de cine es razonable; ellos consideran que no lo es; sin embargo, no analizan la proporcionalidad de su medida para con la sociedad y así ver la ubicación que tomaran al respecto considerando estar dentro de una economía social de mercado.

Por el contrario, lo que hacen es decir que los derechos de los consumidores van más allá de la libertad contractual sin importar lo acordado, es decir, dejan fuera el análisis respecto a que el proveedor también tiene derechos otorgados por la Constitución yendo en contra del último filtro del test de proporcionalidad y, por tanto, realizando una incorrecta ponderación de derechos.

Precisamos que, como toda autoridad administrativa, el Indecopi tiene la obligación de verificar que la medida adoptada sea proporcional a las partes intervinientes en la relación contractual y específicamente en la relación de consumo. Ello, de acuerdo a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

En sus resoluciones emitidas, el Indecopi interpreta la idoneidad de las cláusulas abusivas, sin evidenciar un análisis razonable para con ambas partes intervinientes, es decir, resulta ser desproporcionado, toda vez que, si nosotros somos la entidad administrativa, necesitamos al momento de resolver que lo que hacemos sea razonable y se encuentre conforme a Ley, pero más que todo, de acuerdo a la Constitución.

El problema que existe en el caso en concreto es que el órgano administrativo para llegar a esa conclusión habría realizado alguna especie de ponderación entre los derechos a la libertad de elección de los consumidores y la libertad de empresa de los proveedores; sin embargo, el pronunciamiento no lo registra.

Siguiendo con este análisis, la SPC en las resoluciones citadas, ha establecido que cuando un consumidor acude a las salas de cine, suscribe una especie de contrato con la otra parte (proveedor) configurándose así un tipo de contrato de adhesión en las que no hay negociación en las cláusulas, sino que las mismas les son impuestas.

Entonces al ser impuestas, la SPC considera que las mismas deben ser analizadas para efectos de verificar si alguna resultaría ser abusiva de ineficacia absoluta, las cuales son ilegales de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, la SPC sostiene que el hecho de que el proveedor impida al usuario a que pueda llevar consigo sus alimentos a consumir mientras hace uso de las salas de cine, constituye una limitación o restricción del derecho de elección que poseen todos los consumidores, por lo que, dicha cláusula deviene en abusiva.

La libertad de elección de los consumidores debe ser analizada previamente a establecer la relación de consumo. Una vez aceptada la relación de consumo, el consumidor queda sujeto a las condiciones acordadas previamente con su proveedor.

Si supuestamente el proveedor habría impuesto al consumidor la compra de productos que se vendían únicamente en su establecimiento y que esto iría en contra de la libertad de elección de los consumidores, ¿ello faculta al Indecopi y justifica la imposición de la modificación del modelo de negocio de una empresa?

La autoridad administrativa en segunda instancia, concluyó y sancionó este tipo de conducta, imponiendo como medida correctiva, que todos los consumidores pueden

ingresar a las salas de cine con productos adquiridos dentro o fuera del establecimiento que brinda el servicio, siempre y cuando estos sean de naturaleza similar. Ello, de acuerdo a la resolución de aclaración posterior.

Sin embargo, el Indecopi no realiza una ponderación entre los derechos a la libertad de elección de los consumidores y la libertad de empresa de los proveedores, conforme se evidencia en sus pronunciamientos, toda vez que, de la revisión de los mismos, no se evidencia análisis alguno respecto a que, si se vulneran o no los derechos de los proveedores y con ello, arribar a una conclusión igualitaria.

Si bien no existe la imperativa necesidad de que la autoridad administrativa realice una ponderación de derechos, antes de emitir un pronunciamiento, todo funcionario debe velar en relación a su vocación de servicio, por la búsqueda de un equilibrio entre los derechos de los consumidores y los derechos de los proveedores; sin que en la realidad peruana se evidencie un criterio en *pro* de alguna de las partes intervinientes en el régimen de la economía social de mercado, lo cual podría devenir en una excesiva protección al consumidor.

En ese sentido, es necesario descubrir los elementos de la ponderación utilizados por la autoridad administrativa en sus pronunciamientos recaídos en las Resoluciones N° 0219-2018/SPC-INDECOPI y N° 0243-2018/PS0-INDECOPI, o si dichos pronunciamientos carecen de los mismos.

Antes de desarrollar nuestra hipótesis, es necesario precisar que elegimos el método de la ponderación de derechos; toda vez que, como ya lo ha establecido el TC, cuando los derechos entran en conflicto, debe partirse de la posición preferencial de estos, pues los mismos, contribuyen a la equidad y respeto de derechos fundamentales de la ciudadanía dentro de un estado democrático de derecho.

En términos simples, la herramienta de la ponderación de derechos, se utiliza cuando existe un conflicto en aplicación de dos derechos, para lo cual, se elige uno de ellos; por lo que, en el caso en concreto, nos permitirá medir el equilibrio entre el derecho de libertad de empresa y los derechos de los consumidores.

Planteamiento de Hipótesis:

En ese sentido y hasta este momento, hemos explicado que la ponderación de derechos es una técnica que puede y -debe- ser usada en sede administrativa para efecto de realizar un análisis acorde a derecho, protegiendo no a una de las partes sino salvaguardando los derechos de ambos dentro de una economía social de mercado.

Es decir, existen dos derechos reconocidos por la Constitución, el de la libertad de empresa y el derecho de los consumidores, habiendo situaciones en las que estos pueden entrar en conflicto, como lo es en los casos citados (Resoluciones N° 0219-2018/SPC-INDECOPI y N° 0243-2018/PS0-INDECOPI); correspondiendo al Indecopi, la utilización del test de proporcionalidad; sin embargo, no se evidencia un análisis del mismo.

De la lectura de las resoluciones citadas de la SPC, emitidas el 2 y 7 de febrero de 2018, las mismas que son nuestro instrumento de análisis, no verificamos que se haya realizado una ponderación de derechos entre los que le corresponden a un consumidor y a un proveedor, lo cual está causando, un efecto negativo para una de las partes, en este caso, para el proveedor.

La inexistencia de ponderación de derechos y la conclusión a la que llegó el Indecopi no se realizó con los elementos suficientes, por lo que, con el pronunciamiento de dicho ente administrativo, se comprobaría la inconstitucionalidad e ilegalidad, por estarse beneficiando únicamente a una de las partes intervinientes en la relación contractual, la misma que se ve reflejada en una relación también de consumo.

Teniendo en cuenta que la ilegalidad deviene en una actuación ya sea de una persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que va en contra de una norma; hablar de un acto inconstitucional, refiere a una actuación que va en contra del ordenamiento jurídico, es decir, de lo prescrito en la Constitución.

Para Guzmán:

(...) la regulación económica entraña un conjunto de dificultades, razón por la cual debe emplearse cuidadosamente. Ello porque puede limitar indebidamente

derechos fundamentales, puede resultar contraproducente en el mercado, generando aún más distorsiones que las que pretende conjurar e, inclusive, puede convertirse precisamente en un mecanismo que los proveedores pueden emplear de manera indebida para controlar un mercado determinado (2006, p. 260).

Este autor aporta de forma positiva a nuestra investigación, toda vez que, el Estado, específicamente, el Indecopi a través de sus resoluciones, realiza una regulación indirecta del mercado, lo cual tiende a limitar los derechos fundamentales que adquiere un empresario como es su libertad de ejercicio como tal, sobreprotegiendo así, a una de las partes de la relación de consumo, como lo es el consumidor/usuario.

En ese sentido, se considera que la autoridad administrativa, estaría realizando una especie de regulación de mercado, ello debido a su intervención no solamente como veedor de la puesta a disposición de servicios y productos o cuando el consumidor o usuario se encuentre en una posición de desventaja sino también desempeñando un rol de excesiva protección al consumidor.

Que el Estado haga ejercicio de prácticas regulatorias, iría en contra de las relaciones económicas tales como contractuales y/o de consumo ya que las mismas deben ceñirse naturalmente por la ley de la oferta y la demanda, más no, en relación a un mandato o imposición por parte del Estado.

Para Waldrom, como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición. (citado en Sahuí, 2017, p. 25).

Debemos tener en claro que la actividad empresarial del Estado debe ejercerse dentro de una economía social de mercado, de forma subsidiaria; pero en casos como el que se encuentra en discusión, debe realizarse, únicamente, de forma supletoria y residual.

Entonces, de lo citado, podemos claramente dilucidar y tomar la idea central de apoyo a esta investigación, que es el Poder Legislativo quien tiene la facultad de legislar, mas no los jueces, quienes en algunos casos exceden de sus facultades previstas como son la administración de justicia respecto a leyes ya existentes.

Equiparando dicha situación a la sucedida en sede administrativa, la crítica realizada por estos autores, tiene que ver mucho con el enfoque anglosajón jurisprudencial, es decir, los jueces como consecuencia de fallos progresistas y garantistas, tienen consecuencias en diferentes ámbitos de la vía social como por ejemplo el mercado.

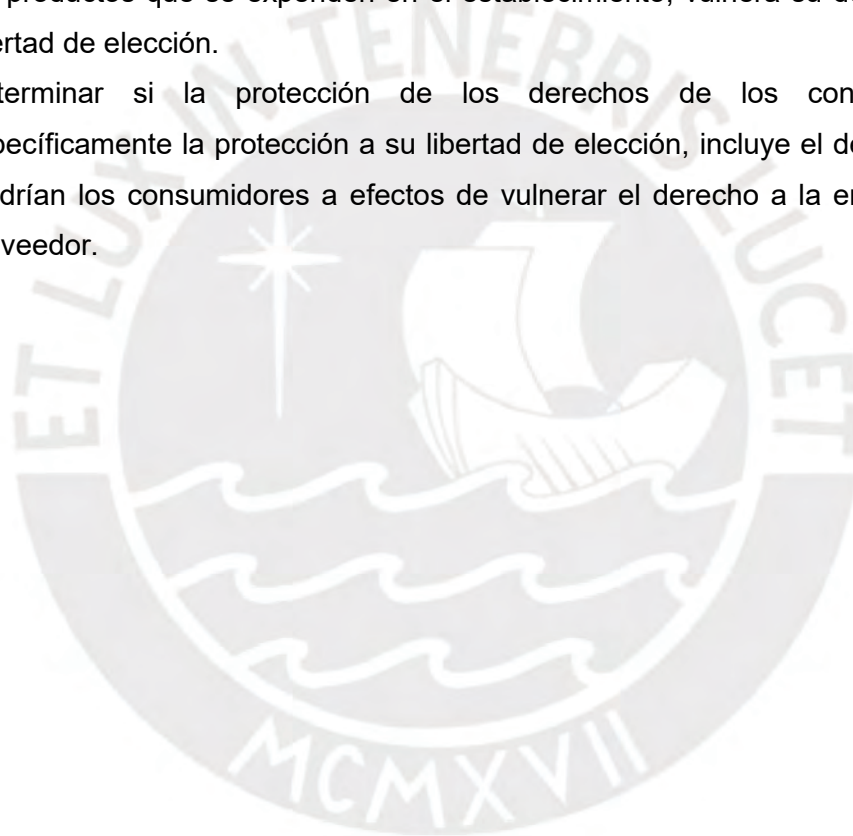
Esta prerrogativa jurisdiccional de algunos jueces que deciden cambiar marcos regulatorios o decretos legislativos de manera indirecta, se convertirían en una especie de jueces legisladores, lo cual va en contra de la democracia con la que los ciudadanos escogen entre sí a sus representantes en el Congreso de la República.

Siguiendo este conducto y saliendo de la esfera jurisdiccional, nos encontramos en el ámbito administrativo, lo cual se aplica de forma supletoria al ejercerse de igual forma, administración de justicia o velar por el cumplimiento de normas previamente establecidas.

Los funcionarios públicos pertenecientes a instituciones administrativas, pueden llegar a realizar una especie de legislación como consecuencia de sus pronunciamientos y como lo es en estos casos controvertidos como los ya mencionados, lo cual podría sugerir cambios en la administración de justicia, en la legalidad de la regulación y su incidencia respecto a las reglas de juego en el ámbito jurídico.

Planteamiento de Objetivos:

- (i) Analizar la importancia del derecho fundamental de la libertad empresarial.
- (ii) Realizar una adecuada ponderación de derechos para no afectar a alguno de ellos.
- (iii) Demostrar que, la forma en la que ha resuelto la SPC, no obedece a una adecuada ponderación de derechos, lo cual implicaría que sus pronunciamientos sean inconstitucionales.
- (iv) Determinar si, efectivamente, exigir a los consumidores a que adquieran sólo los productos que se expenden en el establecimiento, vulnera su derecho a la libertad de elección.
- (v) Determinar si la protección de los derechos de los consumidores, específicamente la protección a su libertad de elección, incluye el derecho que tendrían los consumidores a efectos de vulnerar el derecho a la empresa del proveedor.



CAPÍTULO I

Estado del Arte:

Refiere Durand que, “el único artículo de la Constitución referida al consumidor, es el artículo 65, el mismo que no puede leerse de forma aislada, sino que necesita leerse e interpretarse junto al artículo I de la Constitución, que se refiere a la defensa y protección de la persona” (citado en Durand, 2015, p. 6).

Debemos tener claro que por más que nuestra Constitución haga una breve referencia al interés de los consumidores y usuarios, este artículo debe interpretarse conforme a todo lo desarrollado en nuestra carta magna en el Título I, Capítulo I de la misma, toda vez que, se encuentra referida a la persona y a la sociedad; así como, a los derechos fundamentales de la persona y los derechos sociales y económicos. Lo cual, es relevante para esta investigación dentro de una economía social de mercado que es la rige en el Estado peruano.

El artículo 65 de la Constitución referido, específicamente, a la protección al consumidor, establece que el Estado defiende los intereses de los consumidores y usuarios, garantizando la información recibida en relación a los bienes y servicios que se encuentran a su disposición, salvaguardando así, su salud y seguridad. El autor citado, refiere que esta interpretación debe ir de la mano con los derechos fundamentales de la persona a los que se refiere el artículo I de la propia carta magna.

El primer capítulo del Título Preliminar del Código, establece que:

Los derechos de los consumidores, tales como, derecho a una protección eficaz respecto a los productos y servicios; derecho a acceder a información oportuna, veraz y fácilmente accesible; derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas; derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial; derecho a la reparación o reposición del producto; **derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad**; entre otros.

Aunado a ello, el TC, a través del fundamento 30 de la sentencia del Exp. N° 0008-2003-AI/TC, establece que:

(...) el referido artículo 65 de la Constitución, tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a **orientar y fundamentar** la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica, teniendo como horizonte tuitivo, la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

Es decir, en la medida en que el sector empresarial no vaya contra los derechos como consumidor, el Estado únicamente actúa como veedor de sus actividades, siendo su obligación, la de actuar cuando algún derecho identificado, sea vulnerado.

Ahora bien, hasta este momento, surgen las siguientes interrogantes:

¿Qué hacer en los casos en los que se considera que los derechos de los consumidores van más allá que el derecho de todo ciudadano a ejercer su libertad empresarial?

¿Se pueden salvaguardar los derechos de los consumidores, dejando de lado los derechos que también les corresponden a los ciudadanos que ejercen su derecho a la libertad de empresa?

Nos planteamos estas preguntas porque a través de sus respuestas, se obtendrán elementos necesarios para sustentar nuestra hipótesis, por lo que, para de desarrollar las mismas, se debe tener en cuenta el contenido esencial de los derechos de los consumidores, el cual ha sido desarrollado por el TC en su sentencia N° 01535-2006-AA, estableciendo que el Estado mantiene con los consumidores o usuarios, dos obligaciones genéricas, a saber:

- 1.1 *Garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello, implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles; y,*
- 1.2 *Velar por la salud y seguridad de las personas en su condición de consumidores y usuarios.*

Hasta este momento, tenemos claro que el contenido esencial de los derechos de los consumidores, va estrictamente ligado con lo prescrito en la Constitución, por lo que, luego de haberlo definido, corresponde detallar el contenido esencial de los derechos de la libertad empresarial.

Acota Lucchetti:

(...) el TC ha incidido en que el problema del consumidor medio en el Perú no sólo debe limitarse a los derechos vinculados a la información, salud y seguridad, sino otros comprendidos como de naturaleza análoga, destacándose los derechos de acceso al mercado, la protección de los intereses económicos, la reparación por daños y la defensa corporativa del consumidor (2005, p. 7).

¿Y es que acaso el consumidor medio peruano carece de normas que lo amparan y/o protegen? Si de forma general y como ya hemos desarrollado precedentemente, el artículo 65 de la Constitución establece los derechos con los que cuenta el consumidor o usuario dentro de una economía social de mercado y de forma específica, luego de ello, se promulga la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el que se desarrollan de forma específica los derechos de los consumidores y/o usuarios y establecen sus límites respecto al sector empresariado (proveedores) y viceversa.

Para Paniagua: “El contenido esencial de la libertad de empresa, distingue tres aspectos:

- (i) Los presupuestos que posibilitan el ejercicio de la libertad de empresa, tales como, las nociones jurídicas de economía de mercado, competencia económica y economía social de mercado;
- (ii) Las facultades mínimas que hacen reconocible ese derecho a la libertad de empresa, conforme a la evolución de la cultura jurídica; y,
- (iii) El ámbito subjetivo de protección, esto es, los sujetos de derecho titulares del derecho a la libertad de empresa”. (2017, p. 866)

Este autor detalla el contenido esencial del derecho a la libertad empresarial, poniendo del otro lado y estableciendo de una u otra forma, un balance respecto al contenido esencial de los derechos del consumidor. Primero, porque considera a la normatividad

como primer y principal eje, seguido de las competencias a ejercer dentro de una economía social de mercado.

Asimismo, señala Paniagua, “los límites legales que se impongan a la libertad de empresa, o las medidas que la afecten, deben respetar los principios constitucionales” (2017, p. 866).

Continuando con la idea del balance a realizar respecto al contenido esencial de los derechos de los consumidores, tenemos también la idea de lo que sería el contenido esencial de la libertad empresarial, por lo que, toda medida impuesta para su ejercicio, debe respetar lo establecido en la Constitución dentro de una economía social de mercado que es la que nos representa.

El TC, en la sentencia N° 01963-2006-AA/TC, ha desarrollado el contenido esencial de la libertad de empresa cuya real dimensión debe ser entendida bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, deben encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho y la economía social de mercado.

Refiere Kresalja que, “en lo que están de acuerdo todas las posiciones que creen en una economía de mercado es que no puede atacarse o debilitarse el contenido esencial de la libertad de empresa” (2007, p. 6).

Tenemos claro que mientras nos encontremos en un Estado democrático de Derecho, es tan importante detenerse a evaluar la normatividad aplicada tanto como para el consumidor como para el empresario pues la materialización de sus relaciones contractuales y/o de consumo, son la manifestación de una economía social de mercado.

Para ello, tal y como hemos manifestado, es importante tener en cuenta el modelo económico de nuestro país, en este caso, el peruano, responde a una economía social de mercado, entonces, no es únicamente una economía de mercado que vela solamente por la libertad de empresa, sino que el Estado se encuentra en el medio para asegurar un buen funcionamiento del mercado desde su rol subsidiario.

En ese sentido, no es que se ataque o debilite el contenido esencial de la libertad de empresa, sino que de acuerdo a las facultades que le fueron atribuidas al Estado, se busca la solución al problema suscitado.

Hasta este momento, tenemos que un derecho no se contrapone al otro, es decir, el derecho de los consumidores a su libertad de elección, no se debe enfrentar al derecho del otro a ejercer su actividad empresarial, por el contrario, el estudio del contenido esencial nos da la pauta básica para entender que en el caso de ambos (consumidor y empresa) se deben respetar los principios constitucionales, así como, los derechos fundamentales.

De la reflexión de lo citado por este último autor, se debe tener en cuenta que los principios constitucionales son aquellas normas o parámetros en los cuales se debe basar un Estado de Derecho para dictar sus leyes, normas, directivas, reglamentos, entre otros; ello, para el bien común. Entonces, tenemos así que los derechos fundamentales nacen a consecuencia de los referidos principios, derechos que son inherentes a la persona, de los que uno no puede disponer libremente.

Otro punto importante para ser analizado es que cuando surge un conflicto como este, se debe hacer una diferenciación en la ponderación de lo que son reglas y principios.

Sostiene Ruiz que: “Los principios son normas que indican la realización de algo, dentro de lo posible, es decir son mandatos que se califican como de optimización porque su cumplimiento depende no solo de lo real sino también del ámbito jurídico. Por el contrario, las reglas, son mandatos definitivos, que deben cumplirse de forma exacta a como fue ordenada. (2012, p. 156)

Lo descrito anteriormente, nos sirve para traer a nuestra investigación, la idea de que si bien dentro de las fuentes del Derecho, se encuentran los principios y las reglas; los principios son de utilidad general, por ejemplo, se puede utilizar el principio de soberanía del consumidor para justificar en un pronunciamiento administrativo, el sentido de la misma, argumentando que en virtud de dicho principio un consumidor tiene la libertad de elegir y suscribir o no determinado contrato. Lo cual va estrictamente ligado con las resoluciones a analizar y la oportunidad del derecho a elección del consumidor y/o usuario.

De otro lado, la carga de la prueba en el análisis y resolución de procedimientos administrativos o procesos judiciales son de aplicación objetiva y específica, no general, es obligatoria, por ejemplo, si el tema es muy técnico, se invierte la carga de la prueba y quien debe justificar su idóneo proceder es el proveedor por tener más ciencia, información y experiencia, convirtiéndose también para ellos, una obligatoriedad.

Para dejar esta idea clara, tenemos que los principios no prescriben, regulan o preceptúan sino inspiran.

A consecuencia de lo aportado por este autor, se precisa que nuestro ordenamiento tiene reglas y principios; y, los derechos, generalmente son principios, pero no siempre. Las reglas son mandatos de hacer o no hacer, mandatos que se encuentran establecidos en las leyes o en la Constitución. Los principios son razones *prima facie*, mandatos de optimización.

Ahora bien, para efectos de determinar el respeto a los principios constitucionales, existe el denominado test de razonabilidad y/o proporcionalidad, el cual según Rubio: "Tiene diversas denominaciones que parecen ser sinónimas en nuestra jurisprudencia constitucional". (2012, p. 23)

Lo señalado por este autor, refiere que de la lectura de cada uno de los sub principios que conforman el test de razonabilidad y/o proporcionalidad, su conceptualización sugeriría que se trata de lo mismo; no obstante, existe una significativa diferenciación entre uno y otro, lo cual se procederá a detallar.

Este test, es utilizado especialmente por el TC y ha sido definido por dicha autoridad como "una guía metodológica utilizada para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y; por tanto, violatorio del derecho principio a la igualdad".

De acuerdo con el TC, el test de razonabilidad y/o proporcionalidad, se realiza a través de tres subprincipios:

- (i) **Subprincipio de idoneidad o de adecuación**, por el cual toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad

constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

El mismo que señala que la intervención del Estado en la aplicación de los derechos fundamentales, debe ser seguida observando el principio de legalidad propiamente dicho, para lograr el objetivo o el fin perseguido.

En ese sentido, la liberación del ingreso de productos adquiridos en el exterior a las salas de cine, considera la SPC que constituye la medida más idónea para asegurar el derecho a elegir.

- (ii) ***Subprincipio de necesidad***, se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

Muy importante resulta establecer que este segundo sub principio nos da la idea de que al no ser suficiente la aplicación de la idoneidad de la medida, debe recurrirse al sub principio de necesidad, como una especie de filtro, de no existir algún medio alternativo disponible que permita alcanzar la misma finalidad, considerando así, una restricción menor para el derecho afectado.

- (iii) ***Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu***, según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental.

Sin haber determinado el respeto a los principios constitucionales con los dos sub principios precedentes, se establece como última opción o filtro, el sub principio de proporcionalidad, mediante el cual se analizan los derechos y/o principios que se contraponen y así poder determinar cuál de ellos es el que tiene una mayor ventaja frente al otro o tiene un

peso mayor según la legislación específica a aplicar en estos casos paradigmáticos.

Este sub principio da la idea de una especie de ponderación entre el derecho a la libertad de elección del consumidor y el derecho a la libertad empresarial, siendo que uno debería prevalecer frente al otro.

El TC señala en su sentencia de Exp. N° 0048-2004-PI/TC que la doctrina ha establecido que cada una de las etapas del citado test, son preclusivas y cancelatorias, siguen un orden y debe terminar una para pasarse a la otra. En caso que en determinado paso del test se encuentre una inconstitucionalidad, el razonamiento concluye sin realizar las etapas siguientes.

En el presente caso, en aplicación del citado test de razonabilidad y/o proporcionalidad, se considera que la medida adoptada por el Indecopi en las resoluciones citadas como referencia, contravienen la primera etapa de dicho test, es decir, el subprincipio de idoneidad o de adecuación; razón por lo cual, carecería de legitimidad constitucional y vulneraría, el derecho fundamental a la libertad de empresa de los proveedores.

De otro lado, cabe destacar la postura de Castillo Córdova: “El principio de proporcionalidad se ha convertido en el principal instrumento con el que cuenta el operador jurídico para determinar si una actuación estatal e incluso privada, debe tener cobertura constitucional por no ser arbitraria y ajustarse al respeto del contenido constitucional de los derechos fundamentales”. (2005, p. 21)

Lo alegado por este autor se condice con lo antes señalado respecto a que los pronunciamientos de la autoridad competente deben ir acorde con lo establecido en la Constitución y para ello, para efecto de analizar su razonabilidad, el TC ha establecido el *test de proporcionalidad* para la comprobación de una medida, es decir, verificar su idoneidad en principio, así como, la necesidad y proporcionalidad de la misma frente a la relación de consumo en el modelo económico peruano.

La autoridad administrativa sostiene que la medida correctiva, viene a ser una ampliación de las libertades del consumidor. Teniendo dicho argumento, este supone una ampliación a las libertades del usuario y una ampliación de libertades de los mismos; sin embargo, aplicando ello, se debe tener en cuenta en qué medida con esta

interpretación, se da lugar a vulnerar otro derecho fundamental como es el ejercicio a la libertad de empresa y, por consiguiente, el respeto de determinado tipo o modelo de negocio.

Según Alexy: “Existen dos posiciones básicas respecto de la relación existente entre los derechos fundamentales y el análisis de proporcionalidad: (i) que existe una conexión necesaria entre ellos; y, (ii) su conexión depende del derecho positivo”. (2011, p. 29)

En ese sentido, los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran comprendidos en la Constitución, mientras que el test de proporcionalidad es aplicable en el caso de conflicto de derechos constitucionales, entendiéndose que en su contexto encontramos derechos fundamentales y no fundamentales.

Según Castillo Córdova: “Todos son derechos constitucionales al estar recogidos en la Constitución, lo que permitiría hablar de derechos constitucionales fundamentales y de derechos constitucionales no fundamentales”. (2004, p. 144)

Este autor sostiene que, el principio de proporcionalidad se encuentra ligado a los derechos fundamentales, toda vez que, al existir una presunta vulneración a los mismos, el instrumento principal a recurrir, es la aplicación de dicho principio a través del ya mencionado test de razonabilidad y/o proporcionalidad.

Siguiendo lo citado por Alexy, quien presenta dos teorías respecto a la vinculación de principios con derechos, específicamente del principio de proporcionalidad con los derechos fundamentales, nos quedamos con la segunda que está referida al derecho positivo, es decir, que sugiere realizar una interpretación que vaya acorde con lo establecido, valga decir, únicamente, por el legislador, para con el hecho en concreto.

En ese sentido, tenemos que, el análisis realizado por la SPC, tomando la teoría presentada por Alexy, no va acorde al derecho positivo, toda vez que, la autoridad administrativa, en dicho caso, realiza una interpretación de excesiva protección al consumidor, lo cual le da una desventaja al proveedor para con su tipo o modelo de negocio.

Ahora toca desarrollar el concepto de la ponderación, para Sosa:

“(…) a través de este método, de presentarse conflictos entre bienes constitucionales deberá resolverse haciendo prevalecer uno de ellos por su mayor peso, importancia o atendiendo a las mejores razones a su favor, teniendo en cuenta, asimismo, las circunstancias jurídicas y fácticas del caso concreto. Implica, pues, optar por la prevalencia de un bien a costa del sacrificio o derrota del otro”. (2000, p. 163)

Si bien este autor refiere a la derrota de un derecho por prevalecer otro, es decir, que un derecho le gana al otro, no debe dejarse fuera de esta interpretación que ello sucede cuando se ha realizado una ponderación que se encuentra conforme a lo establecido por la Constitución. Si seguimos esta indicación, no es que sea específicamente una derrota sino lo que por Ley corresponde acatar y emitir pronunciamiento por intermedio del documento correspondiente.

La teoría presentada por este autor frente a la ponderación, refiere que un derecho pese a ser fundamental, podría enfrentarse con otro y así generar un conflicto entre los mismos; es decir, la colisión accidentada de dos derechos reconocidos constitucionalmente, lo cual no debería suceder si tenemos claro el contenido de cada uno de ellos y el campo de acción de los mismos.

En este momento, es que reconocemos nuevamente, la importancia de este trabajo de investigación, toda vez que, el arribo a un punto de equilibrio en el ejercicio de ambos derechos fundamentales, sugeriría una mejor aplicación de la Ley por parte de los jueces y funcionarios públicos, quienes no pueden exceder sus facultades, tal y como consideramos, está ocurriendo en el caso en concreto.

Es relevante lo dicho por Burga: “Que se encuentre aún tan arraigada la teoría de que en el ejercicio de los derechos fundamentales existen conflictos, y cuya única solución consista en realizar una jerarquización o ponderación para encontrar que derecho debe prevalecer sobre otro. Lo cual implica desconocer –como ya se ha dicho- el fundamento de la protección: la dignidad de la persona humana”. (2014, p. 266)

Lo acotado por este autor en nuestra investigación va en contra de realizar una ponderación de derechos, pero lo que no considera es que a veces resulta necesario y no por ello atropella nuestros derechos, toda vez que, lo que se busca, es la aplicación de los mismos protegiendo hasta cierto punto hasta donde le corresponde. Este autor

no considera que la protección de la dignidad de la persona humana va más allá de únicamente los consumidores y/o usuarios, pues, los proveedores también lo son.

Este autor considera que no se debe esperar llegar al punto de jerarquizar o ponderar (así es como lo llama) un derecho con otro, ya que, ellos se encuentran reconocidos constitucionalmente; sin embargo, al hacer referencia a la protección de la dignidad de la persona humana, en la presente investigación, este concepto nos daría una idea más proteccionista del consumidor y eso es lo que se quiere superar en esta investigación.

De igual forma sostiene Hernández: “En los casos en los que hay un conflicto entre dos enunciados jurídicos (materiales o sustantivos), la ponderación no es necesaria, ni para que el juez juzgue o decida, ni tampoco para que la decisión dictada por el juez diga el Derecho. Pues se añade que puede ocurrir que, en casos de conflicto, lo necesario para que el juez juzgue o decida y para que el juez cumpla su obligación jurisdiccional sea, al contrario, que el juez no realice ninguna ponderación. Si el juez realiza una ponderación en esos casos de conflicto, es posible que incumpla alguna de sus obligaciones”. (2018, p. 27)

Tal y como manifiesta el autor citado, si la autoridad realiza una ponderación, podría incumplir con alguna de sus obligaciones, tales como, resolver con imparcialidad, dejando de lado la objetividad para la emisión de sus decisiones; o, que tal y como ya lo hemos mencionado, se exceda de sus facultades y realice una especie de legislación por intermedio de una sentencia o pronunciamiento administrativo.

Estos dos últimos autores, difieren con Sosa y defienden cada uno desde una perspectiva distinta, la teoría de la no ponderación; primero porque al realizar la misma se estaría yendo en contra de la dignidad de la persona humana como tal, lo cual se encuentra estrictamente protegido por la Constitución; y segundo, que la actuación del juez debe estar más guiada por el derecho positivo y de una u otra forma, por el derecho consuetudinario.

No debemos perder de vista que el artículo 200 de la Constitución, establece que “se constituyen garantías constitucionales, cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo”.

Lo prescrito en nuestra carta magna, se condice con lo establecido en el artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante, la LPAG) respecto a que “de acuerdo al 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 contenido”.

En ese sentido, la Constitución establece la obligación de la autoridad jurisdiccional de emitir un pronunciamiento que vaya de acuerdo a la razonabilidad del acto, lo mismo que en materia administrativa se encuentra establecido por la LPAG, respecto a que los actos administrativos, deben ser acorde a la facultad atribuida para el ejercicio de sus funciones, es decir, debe existir proporcionalidad entre los medios a emplear y el fin perseguido.

Hablar de proporcionalidad, sugiere traer en el estudio de esta investigación, la teoría acerca de que si la autoridad administrativa cuando efectuó su decisión, cumplió con el principio de razonabilidad como parte del debido procedimiento con el que se debe cumplir para emitir un pronunciamiento ya sea en sede administrativa o judicial.

Aunado a todo lo ya desarrollado, corresponde realizar un análisis más profundo, respecto a la libertad de elección de un consumidor, específicamente, el derecho de elección que posee de forma inherente, toda vez que, resulta de vital importancia, el hecho de determinar el momento en el que se configura el derecho de elección del consumidor o el ejercicio del mismo en el perfeccionamiento de sus actividades.

Como punto de partida, consideramos que el consumidor ejerce su libertad de elección antes de acceder a la relación de consumo. Es decir, antes de utilizar un servicio o adquirir un producto, el consumidor o usuario toma una decisión ejerciendo libremente el derecho fundamental a elegir entre uno u otro producto, entre uno u otro servicio; considerando para ello, quizá precio, calidad, seguridad, entre otros aspectos relevantes.

A partir de que el consumidor elige, es decir, toma una decisión, queda sujeto a las condiciones en las que el proveedor del servicio o producto, pone a disposición y las

cuales son acordadas previamente. Ello, significa que, si bien no hay un contrato escrito y quizá tampoco verbal, se da de forma tácita ya que dichas condiciones son debidamente informadas al consumidor o usuario, antes, durante y después de la relación de consumo.

En este punto, se precisa que una interpretación contraria respecto al momento en que se materializa el derecho de elección de un consumidor o usuario, sería incompatible con la Constitución, pues vulneraría la libertad de empresa del proveedor, específicamente, la libertad de dirección y organización de su actividad empresarial y de su tipo o modelo de negocio, lo cual se considera que ha sucedido en el pronunciamiento emitido por la SPC.

Respecto a la libertad de elección de los consumidores, sostiene Ruiz: “La falta de información sobre atributos relevantes de los bienes y servicios se puede constituir en un obstáculo que impide el pleno ejercicio de la libertad (o capacidad) de elección, entendiendo esta última como la posibilidad de adoptar decisiones de consumo mínimamente informadas”. (2018, p. 87)

Consideramos que la postura de este autor si bien va acorde con las relaciones contractuales y/o las relaciones de consumo habituales, en el servicio que ofrecen los proveedores respecto a la proyección de películas y venta de snacks durante el servicio prestado, no existe asimetría informativa, toda vez que, al cine acudimos normalmente y a lo largo de los años, sus reglas y/o prohibiciones establecidas no han cambiado.

Este autor, nos da también la idea de que el derecho a la libertad de elección que poseen los consumidores puede verse afectado en los casos en los que un consumidor no se encuentre debidamente informado para que proceda con el ejercicio de su derecho a elegir y/o que exista asimetría informativa respecto a los productos y/o servicios adquiridos en el mercado.

Esta teoría no se puede aplicar en el caso en concreto y que en esta oportunidad es materia de análisis, ya que, la actividad de acudir a un establecimiento de salas de cine y la compra o no de los alimentos y bebidas que se ofrezcan, es un actuar cotidiano de todo consumidor.

Es decir, no existe complejidad para el uso de estos servicios ni la contratación de los mismos, no hay un servicio especializado que se deba brindar al consumidor, así como, que tampoco necesita de una asesoría antes, durante o después de su adquisición. En ese sentido, no corresponde amparar la teoría de la asimetría informativa para el caso materia de estudio, toda vez que, es de conocimiento y uso público de la ciudadanía en general.

Podríamos hablar de asimetría de información en los casos en los que una de las partes intervinientes en la relación de consumo sea una entidad financiera, ello, ya que sus procesos tienden a ser especializados y diferentes a un actuar normal o cotidiano, por lo que, la protección al consumidor alcanza incluso hasta a las microempresas.

Si nos mantenemos en la teoría de que al ser una actividad normal el acudir a salas de cine, se podría concluir de forma preliminar que no se afecta la libertad de elección de los consumidores ya que ellos ejercen como actores principales su decisión de aceptar o no el servicio brindado en las condiciones establecidas y puestas a disposición por parte de los proveedores.

Hasta este momento, en algunos casos hemos tratado el tema como una relación contractual y en otras como una relación de consumo. Al respecto, a SPC ha desarrollado tal y como ya hemos mencionado, que cuando un consumidor acude a las salas de cine, celebra un contrato de adhesión verbal ya que el proveedor plantea las condiciones y estas son aceptadas por el usuario.

Para Durand: “La relación de consumo no es sinónimo de la relación contractual, porque no está definida en función a una relación de cosa precio, sino que constituye una especie de relación de correspondencia y de atención del proveedor respecto del mercado”. (2015, p. 8)

Hasta este momento hemos venido tratando a la relación contractual como una relación de consumo; sin embargo, debe hacerse una pequeña diferencia entre ambas y es que una relación de consumo puede ser una relación contractual; sin embargo, una relación contractual no puede ser una relación de consumo, toda vez que, en esta última, concurren elementos adicionales que no pueden darse en una relación contractual, tales como, una política empresarial de responsabilidad, servicio al cliente, transparencia y adecuada información.

Compartimos lo referido por este autor, respecto a que la relación contractual no es similar a una relación de consumo, ello considerando que, en una relación contractual, el elemento principal es el bien sobre el cual se realizará el contrato ya sea mueble, inmueble u otro y que en la mayoría de los casos se da entre personas naturales y/o jurídicas que no necesariamente deben referirse a empresas.

No obstante, en la relación de consumo, si bien esta puede desarrollarse entre personas naturales y/o jurídicas, tal y como ha especificado el autor, concurren adicionalmente elementos de responsabilidad social empresarial, buenas prácticas de atención al cliente, transparencia, adecuada información, entre otras.

Lo desarrollado hasta este momento, tiene lugar o espacio dentro de una economía social de mercado, donde el modelo económico recogido por nuestra Constitución peruana, establece como ya se ha mencionado de forma previa, que los agentes económicos son libres de pactar lo que consideren útil y/o conveniente en relación a su modelo o tipo de negocio, por lo que, el Estado no debe ejercer un papel interventor porque no le corresponde.

Refiere Hernando: “Por medio de la economía las bases para la existencia de una sociedad libre e igual (República) coincidiendo además en el carácter instrumental al que se le atribuye a la economía, es decir, la economía como medio y no como fin a partir del reconocimiento de distintos órdenes concretos”. (2018, p. 1)

Lo acotado por este autor, responde a que la economía social de mercado, en estricto la economía, debe ser utilizada como medio para llevar a cabo el desarrollo de distintas actividades y no como fin, pero que, para ello, debe darse previamente el reconocimiento de cada una de las etapas para llegar a dicho fin perseguido.

El artículo 4 del Título II referido a la estabilidad jurídica del régimen económico de la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, establece que la libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por ley del Congreso de la República.

De lo citado, entendemos, efectivamente, que el Estado no se encuentra facultado para intervenir en las relaciones de consumo o en la denominada asignación de bienes y servicios en el mercado ya sea de forma directa o indirecta; sin embargo, el Estado puede establecer o fijar tarifas respecto de algún servicio brindado a la ciudadanía, entiéndase como tasas administrativas o aranceles judiciales.

Uno de los fundamentos desarrollados por la SPC en sus resoluciones, es el siguiente: “(...) tiene la facultad de determinar los precios de los productos que expende en sus salas de cine, en virtud al derecho a la libre contratación, libre iniciativa privada y libertad de empresa (...)”.

Siguiendo este razonamiento que fue realizado por la autoridad administrativa de forma previa, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente STC 2802-2005-AA-FJ.4-5, haciendo mención a través de sus sentencias N° 03116-2009-PA/TC, N° 00032-2010-PI/TC y N° 01405-2010-PA/TC ha señalado que “la libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa”.

Al intervenir el Estado en este tipo de actividades las cuales se desprenden del ejercicio de la libertad empresarial por parte de los proveedores, se estaría regulando el mercado o se estarían dando indicios a todos los ciudadanos para que esto suceda no solo en los casos materia de análisis, sino también en otros rubros comerciales, lo cual generaría un desorden y desacato a lo prescrito en la Constitución.

Al respecto, manifiesta Zegarra: “La intervención del Estado en la economía, manifestada e instrumentalizada a través de la regulación, siempre limita la fuerza libérrima de la iniciativa privada”. (2005, p. 25)

Respecto a ello, no se debe dejar de considerar que no nos encontramos en el caso peruano, en una economía social de mercado, donde la intervención del Estado se encuentra limitada mas no cancelada, es decir, el Estado puede intervenir como ya se ha mencionado, de forma subsidiaria; sin embargo, no puede entrar a regular el mercado, toda vez que, el mismo se rige de acuerdo a la ley de la oferta y la demanda en nuestro modelo económico peruano.

Como todos en su mayoría conocemos, la función del Indecopi se ejerce a través de una regulación operativa sin exceder de las facultades que le fueron otorgadas para el buen funcionamiento del mercado dentro de la economía social de mercado.

Esta idea se sustenta en lo desarrollado por Tovar: “(...) prescindir en lo posible de intervención estatal en el desarrollo del mercado y limitar al máximo las intervenciones en los derechos económicos de los particulares”. (2017, p. 177)

En este supuesto, prescindir de la intervención estatal para el buen funcionamiento del mercado dentro de una economía social de mercado, es lo idóneo dentro de las relaciones de consumo; toda vez que, no hay parámetros que establecer si las partes intervinientes actúan respetando los derechos fundamentales que a cada uno le corresponde.

Lo desarrollado por este autor va acorde con la finalidad de este estudio, toda vez que, en la economía social de mercado donde se espera el ejercicio libre de los derechos de los consumidores, así como, el de libertad empresarial, donde las relaciones entre ellos deben regirse por una suerte de balance entre la oferta y la demanda sin la necesidad de que sea el Estado quien imponga parámetros en el desarrollo de sus actividades.

Adicional a ello, la SPC ha desarrollado en sus resoluciones, la forma como en otros países abordan la conducta referida a la restricción de acceso a las salas de cine con cualquier tipo de alimento y/o bebida que no sea adquirido en dicho establecimiento.

La SPC para resolver la materia controvertida, tomó como referencia lo resuelto en Brasil, específicamente, en la Primera y Tercera Clase del Superior Tribunal de Justicia en los Estados de Río de Janeiro mediante el Recurso Especial N° 744.602–RJ (2005/0067467–0) y Sao Paulo mediante el Recurso Especial N° 1.331.948–SP (2012/0132555-6).

El Tribunal de Justicia en los casos citados, concluyó que “la restricción referida, se oponía a la libertad de elección de los consumidores de productos y servicios, siendo que, los proveedores no podían, entre otras prácticas abusivas, condicionar la venta de un producto o servicio a la compra de otro producto o servicio”.

Lo resuelto en Brasil iría en línea con lo sucedido en el Perú; sin embargo, consideramos que no se debe dejar de tomar en cuenta el hecho que uno de los proveedores como argumento de defensa, señalado en el numeral 8 de la Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI del 2 de febrero de 2018, en la contestación al recurso de apelación presentado por el denunciante, manifestó que su actividad económica no solo se circunscribiría a la proyección de obras cinematográficas, sino también al expendio de productos comestibles como acompañamiento a la actividad principal, razón por la cual resultaba lógico que se hubiera creado una restricción a la entrada de productos adquiridos fuera de su establecimiento.

Es relevante el caso brasilero además de lo ya mencionado, porque uno de los proveedores perjudicado con la medida ordenada por el Indecopi, también alegó que tenía registrada como actividad accesorio, la de la venta de comida y bebida dentro de sus instalaciones; sin embargo, la autoridad administrativa no lo consideró como argumento suficiente para eximir su responsabilidad frente a los cargos imputados.

Adicional a ello, la SPC también tomó lo resuelto en Bolivia, país que consideró que la conducta materia de análisis constituye una vulneración al derecho a la libre elección de los consumidores y vulneración a la normativa de protección al consumidor, contenida en el artículo 24 de la Ley N° 453, Ley General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores.

El artículo 24 de la Ley N° 453, Ley General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores, establece que las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores tienen derecho a elegir los productos y servicios que requieran; así como, que los proveedores de productos o servicios, no podrán ordenar o inducir a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores a contratar con determinados proveedores o quienes proporcionen servicios auxiliares.

Al respecto, se tiene que los supuestos detallados en el artículo 24 de la Ley N° 453, son distintos a lo ocurrido en el Perú, toda vez que, la materia controvertida refiere a la restricción del ingreso de alimentos y bebidas adquiridas fuera del establecimiento proveedor del servicio, mas no a inducción alguna.

En ese sentido, se reafirma la teoría respecto a que el derecho a la libertad de elección se ejerce antes de la suerte de contratación con el proveedor, ya que, elegir

es un derecho y de otro lado, tampoco aplica el hecho de considerar inducción alguna a adquirir productos, únicamente, dentro del establecimiento, toda vez que, ello es parte de su modelo o tipo de negocio.

Por último, en cuanto a países latinoamericanos, la SPC ha tomado como referencia, lo establecido en Argentina, respecto a que dicha prohibición, se considera una práctica abusiva que atenta contra la libertad de elección de los consumidores, así como el derecho al trato digno y equitativo de los mismos, contenido tanto en los artículos 8 bis y 37 inciso b) de la Ley Nacional N° 24.240 de Defensa del Consumidor, como en el artículo 42 de la Constitución Nacional Argentina.

El caso argentino es relevante en nuestra investigación, primero porque se debe considerar que para tomar como referencia lo resuelto en dicho país, sería importante antes verificar si la posible decisión va acorde con lo prescrito en su Constitución como punto de partida para la emisión y aplicación de las demás normas.

Entonces, si su Constitución instituye una directriz para la creación de determinados derechos, se estaría ante una correcta aplicación y cumplimiento de normas. En ese sentido, el artículo 42 de la Constitución Nacional de Argentina, prescribe que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Asimismo, de la revisión del artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor en Argentina, establece que, sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte. Normativa que se condice con la Constitución Nacional de dicho país.

Es decir, existe relación entre lo establecido en la carta magna argentina, con su normatividad en materia del consumidor; sin embargo, dicho análisis no se ha realizado en el pronunciamiento de la SPC para justificar el hecho de haber tomado como referencia lo resuelto en otro país latinoamericano, por lo que, con mayor énfasis, se sostiene que la ponderación de derechos realizada en la resolución de los casos materia de controversia, no fue correcta.

En ese sentido, se tiene que en países latinoamericanos tales como Brasil, Bolivia y Argentina, la prohibición para el ingreso de alimentos y bebidas, productos comprados al exterior de los cines, constituye una práctica en contra de los derechos de los consumidores, específicamente, su libertad de elección.

Al respecto, consideramos que, si la autoridad administrativa en el análisis de sus resoluciones hizo mención a la aplicación de la norma en los países citados, debió también analizar cada una de sus constituciones como punto de partida para determinar de forma posterior, la inconstitucionalidad o no de la norma y así sustentar la relevancia de haberlas citado para la resolución del caso en concreto sucedido en el Perú.

Sin perjuicio de ello, resulta de suma importancia citar lo resuelto en Chile respecto a la restricción consistente en la prohibición de ingresar con alimentos y/o bebidas ajenas a los establecimientos comerciales, lo cual no constituye infracción alguna a la normativa de protección al consumidor.

La SPC citó en sus resoluciones, el procedimiento seguido por el señor Jaime Lagos Henríquez contra Hoyts Cinemas Chile S.A. en el Poder Judicial, estableciendo lo siguiente:

- (i) Que la prohibición de acceso de los consumidores a las salas de cine del proveedor con bebidas o productos alimenticios que no sean adquiridos en su propio recinto constituye una limitación debidamente informada a los usuarios, que no afecta su derecho a la libre elección entre los servicios ofrecidos por los proveedores, en el seno de un mercado variado y ampliamente competitivo;
- (ii) Que, no se había configurado una discriminación arbitraria o ilícita, dado que para ello habría sido necesario que a los consumidores se les hubiere prohibido el acceso portando bebidas adquiridas en el propio establecimiento en que se encuentra el cine, en tanto a otros, en similar situación, se les permitiese el ingreso sin dificultades; y,
- (iii) Que, la restricción analizada representaría una condición esencial del servicio ofrecido y formaría parte integrante del contrato celebrado con el cliente, sin que ello infringiera, la obligación que se imponga al proveedor de respetar los términos o condiciones de la prestación del servicio, conforme a lo que se hubiera convenido con el consumidor; así como, que, el proveedor

no hubiera quebrantado la regla que le impide negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas.

De las conclusiones arribadas por el Poder Judicial chileno, la que se encuentra estrictamente ligada con el que estamos desarrollando es la prescrita en el punto (i), referida a la oportunidad de la información brindada al usuario, oportunidad que se encuentra dentro de la debida información como requisito para que se dé la misma; generando así, el ejercicio de la libertad de elección como derecho del ciudadano.

Concluye Marcos, “la prohibición que las salas de cine establecen de acceder a ellas con alimentos o bebidas adquiridos fuera del cine tiene una justificación económica y una legitimidad jurídica innegable” (2003, p. 369).

Este autor en el comentario a una sentencia española, refiere que la prohibición abordada, se encuentra debidamente justificada, amparándose para ello en el artículo 38 de la Constitución española, el cual hace un reconocimiento de la libertad de empresa como derecho fundamental, teniendo su principal manifestación en la libertad de la iniciativa económica, es decir, que el empresario dueño de su modelo o tipo de negocio, tiene la facultad de configurar y organizar su ejercicio a la libertad empresarial.

Asimismo, sostiene Marcos, la venta de palomitas, otros alimentos y bebidas es ahora tan importante para los cines como la exhibición de películas; prohibir el consumo de productos adquiridos fuera de la sala es lógico y perfectamente coherente con la libertad de empresa y es, además, respetuoso con los derechos de los consumidores, a los que en ningún caso se fuerza a adquirir productos o prestaciones accesorias (2003, p. 369).

Nos encontramos de acuerdo con lo acotado por este autor respecto a que la venta de productos resulta ser de suma importancia como la proyección de películas, toda vez que, ambas actividades generan ganancias significativas para el proveedor como dueño del modelo de negocio, el mismo que no se puede modificar teniendo en cuenta que nos encontramos en una economía social de mercado, es decir, la prohibición a los consumidores de ingresar a las salas de cine con sus alimentos y/o bebidas no es ilegal.

En ese sentido, y considerando la pauta del autor español, la actividad que la SPC considera como accesoria (venta de alimentos y bebidas), en virtud de la revisión de la ficha del Registro Único del Contribuyente, la cual especifica como actividad principal del proveedor; el servicio de reproducción de películas en salas de cine, debería haberse considerado como principal por ser parte de su modelo o tipo de negocio y realizar así una interpretación conforme a la Constitución peruana.

Adicionalmente, la SPC ha señalado que tal y como se ha venido analizando en otros países el tema de la prohibición de acceso a las salas de cine con alimentos y/o bebidas que no son adquiridos en dichas salas, da cuenta que no existe una posición unánime respecto de la licitud o no de la conducta materia de denuncia a nivel internacional.

Posición que compartimos, únicamente, referida a que no existe unanimidad o una posible unificación de criterios a nivel de Latinoamérica, mas no a que es correcto lo resuelto por los vocales miembros del Tribunal de la SPC respecto al modelo económico peruano.

Es importante precisar que, desde el año 2012 al año 2016, el Tribunal de la SPC tuvo una conformación de vocales, distinta a la conformación actual que rige desde el año 2017 en adelante. Es decir, este controvertido pronunciamiento del Indecopi, fue emitido con la nueva conformación de la SPC que ejerce funciones desde el año 2017.

Al respecto, consideramos de suma importancia, realizar una búsqueda en el portal web de Indecopi, relacionada a este tema, resultando preciso mencionarlo, para efectos de averiguar si a lo largo del periodo de conformación del antiguo Tribunal de la SPC, se dio un supuesto igual y la forma en que este fue resuelto.

Sin embargo, no hemos encontrado resultados que aporten de manera directa a la investigación, por lo que, en principio, tendríamos que es la primera vez que esta autoridad administrativa, se pronuncia sobre la libertad de elección de los consumidores a elegir respecto de la relación de consumo materializada con los proveedores del servicio de salas de cine.

En ese sentido, defendiendo nuestra posición, tendríamos que la nueva conformación de los miembros del Tribunal de la SPC, no realizaron una adecuada ponderación de derechos del consumidor, afectando así, la libertad de empresa, ambos derechos que

al ser fundamentales y al contravenir uno de ellos, dicho actuar iría en contra de la Constitución.

Como ya hemos mencionado, el tema investigado resulta ser una materia controvertida, originaria de diversos análisis realizados por especialistas peruanos, ya que, la medida correctiva ordenada por el Indecopi, causó un gran impacto en toda la población.

Las resoluciones emitidas por la autoridad administrativa datan del mes de febrero del año 2018, las cuales, se considera estarían vulnerando los derechos a la libertad empresarial, constituyendo la vulneración de un derecho fundamental para salvaguardar el otro.

Es en ese sentido, considerando que, ambos proveedores se habrían visto afectados por la medida correctiva ordenada por el Indecopi como lo son Cineplex S.A. y Cinemark del Perú S.R.L., demandaron al Indecopi en vía judicial a través de un proceso de amparo; sin embargo, en el mes de octubre de 2018, el 11° Juzgado Constitucional de Lima, con sub especialidad en asuntos tributarios, aduaneros e Indecopi, declaró infundados dichos procesos de amparo.

Es importante mencionar alguno de los argumentos de la autoridad judicial, que fueron recabados en las resoluciones que declararon infundados los procesos de amparo, toda vez que, este tipo de procesos tienen como finalidad la de proteger o defender los derechos constitucionales, tales como, el derecho fundamental a la libertad de empresa.

El juez, menciona el argumento de uno de los afectados, el cual sostiene que no existe afectación en el derecho de elegir del usuario, pues puede elegir entre ingresar a esta sala o a otra donde no existan restricciones, lo cual consideramos es correcto; sin embargo la autoridad administrativa realiza una interpretación referida a la ampliación de las libertades del usuario, por lo que, esta ampliación refiere en primer orden, una protección especial al consumidor, dejando de lado a la otra parte de la relación de consumo.

Asimismo, en el desarrollo de su análisis, la autoridad judicial argumentó que, viendo el tema desde la perspectiva del propietario del negocio, este ve su esquema del mismo, como un todo y dentro de su local, considerando lícito y ético, regular el

ingreso de otros productos; y, que ello supondría el hecho de que el consumidor esté supeditado a revisiones que afecten sus áreas de intimidad.

Al respecto, se tiene una teoría bastante clara, toda vez que, se establecen ciertos parámetros, condiciones y/o restricciones al momento en que el consumidor ejerce su libertad de elección, por lo que, puede prescindirse de efectuar revisión alguna hacia los consumidores; sin embargo, en el supuesto de encontrarse consumiendo un producto distinto a los expendidos en la confitería, pueden establecerse consecuencias, tales como, el retiro de la sala por estar incumpliendo con lo establecido o el pago de alguna penalidad.

Por último, otro punto tomado por el Juez al momento de resolver, es el referido al modelo de negocio propiamente dicho, toda vez que, si bien es una ventaja para el empresario el levantamiento de que dicha restricción se considera una cláusula abusiva, el hecho de mantener la misma no se encuentra establecido como la afectación a un derecho fundamental, toda vez que, corresponde a un derecho derivado al mismo.

Sin embargo, dicho argumento va abiertamente en contra de lo establecido por el artículo 2 de la Constitución, donde también se instituye un punto importante a tratar en esta investigación ya que los derechos fundamentales corresponden no solo a los ciudadanos como consumidores y usuarios, sino que se incluye además el derecho de los mismos ciudadanos para el ejercicio de la libertad que poseen para hacer o crear empresa, teniendo así, una suerte de igualdad de condiciones al momento del ejercicio de sus derechos.

Refiere Gonzáles que: "Por -juicio de ponderación constitucional- se entiende el examen de intensidad y trascendencia con que cada derecho, en una situación determinada, pueda resultar afectado, al objeto de elaborar una regla que permita resolver ese conflicto concreto". (2015, p. 3)

Este autor refiere que en el momento en que dos derechos entran en conflicto, en el caso en concreto, diríamos el derecho de elección de un consumidor y la libertad empresarial, debe analizarse la intensidad y trascendencia de cada uno dentro de la relación de consumo y/o contractual, para que, a partir de ello, sea una regla de obligatorio cumplimiento la que resuelva dicho conflicto.

Sin embargo, la idea no es contraponer un derecho con otro y hacer que estos se enfrenten de una manera agresiva, es decir, dejando desprotegida a una de las partes intervinientes en la relación contractual y/o en la relación de consumo; sin embargo, hay casos en los que los derechos en discusión para su aplicación, deben analizarse desde la raíz, esto es, desde el surgimiento de los mismos y basarse en el modelo económico del país de acuerdo a su carta magna. A partir de ello, podría darse la creación de nuevos derechos correspondientes a las partes económicas.

Es preciso mencionar que, para Montoya: “La restricción no trasgrede las normas de protección al consumidor pues la venta de bebidas y alimentos es parte del modelo y políticas empresariales de ambos cines. En términos reales, no se puede negar que hay un vínculo entre la exhibición de películas y la venta de alimentos y bebidas en el modelo de negocio de los cines”. (2018, p. 1)

Coincidimos con el autor referido, pues, al ser parte del modelo de negocio de los proveedores de la proyección de películas en las salas de cine, el expendio de alimentos y bebidas, no constituye una vulneración de derechos del consumidor, por el contrario, el hecho de manifestarlo, atiende a una adecuada y oportuna información para efecto de ejercer el derecho de elección.

Teniendo en consideración lo ya analizado respecto al contenido esencial de los derechos de los consumidores y que estos se basan estrictamente en garantizar el derecho a la información de los bienes y servicios a adquirir por parte de un usuario y/o consumidor, distintos autores coinciden en que además de ello, también se debe proteger el derecho de acceso al mercado y los intereses económicos.

Estos derechos y/o principios son los que consideramos más importantes en nuestra investigación por tratarse, específicamente, de que el Perú se rige por una economía social de mercado, por lo que, los principios invocados deben ir acorde con dicho perfil, lo cual se condice con el contenido esencial de la libertad empresarial.

Entonces, tenemos así, que son importantes los principios constitucionales para efecto de realizar una positiva ponderación de derechos fundamentales, tales como, el derecho de elección de los consumidores como el del libre ejercicio empresarial.

Hasta este momento y antes de cerrar este capítulo, tenemos claro que un principio es de utilidad general cuyo contenido se va a justificar en determinado pronunciamiento

de la autoridad y que una regla es de utilidad obligatoria viéndose materializada en los argumentos de dicho pronunciamiento.

En ese sentido, el test de proporcionalidad y/o razonabilidad, debió ser aplicado por la autoridad administrativa de forma simple y sencilla para aterrizar así a la ponderación de derechos, de la siguiente manera:

El primer subprincipio es el de idoneidad o de adecuación, por intermedio del cual la SPC ha considerado que su medida ordenada responde al principio de legalidad, siendo que la liberación del ingreso de productos del exterior de las salas de cine, es la disposición más idónea para asegurar el derecho a elegir.

El segundo subprincipio es el de necesidad, por intermedio del cual la SPC ha considerado realizar una especie de filtro como una restricción menor para el derecho afectado.

Hasta este momento, no tendríamos la respuesta para utilizar el citado test, sin embargo, es recién el último de ellos (subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*) el que nos da la idea más clara y que nos lleva hacia una posibilidad de ponderación de derechos que no es más que al haber entrado en conflicto dos derechos, se debe determinar cuál de ellos tiene una mayor incidencia en relación a circunstancias específicas.

Teniendo en consideración que la SPC en sus resoluciones, alegó que la medida correctiva ordenada es una ampliación a las libertades del derecho del consumidor, ese sería nuestro punto de partida para determinar que se está realizando una excesiva protección a los derechos de los consumidores, dejando de lado que la libertad empresarial también responde a la protección de un derecho fundamental.

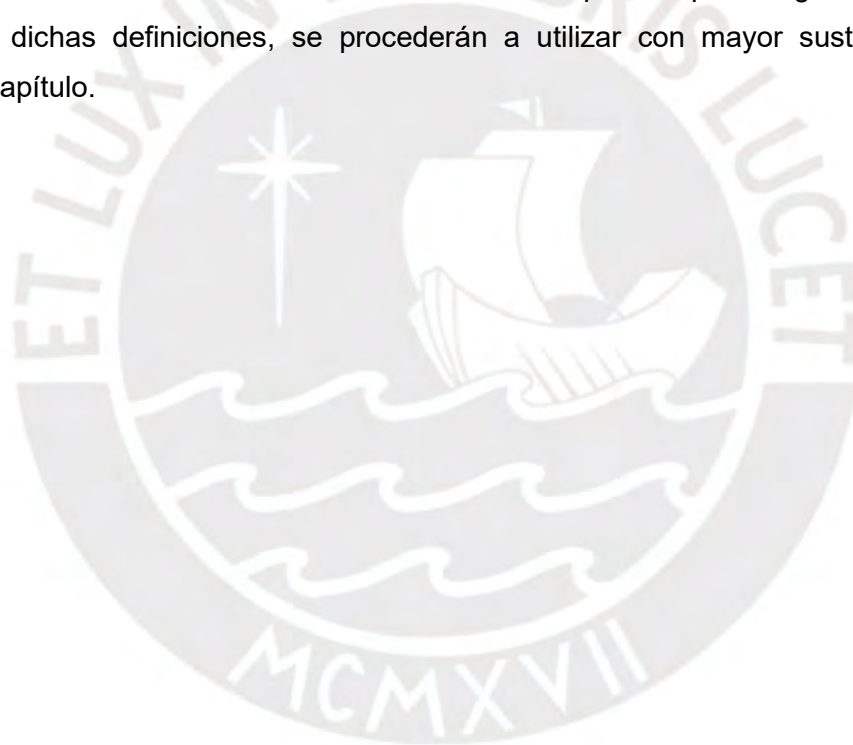
Cabe indicar que la presente investigación, parte de la teoría conflictivista, pues ella establece que los derechos fundamentales pueden llegar a colegir en algún momento de aplicación, siendo el test de proporcionalidad, de acuerdo a su aplicación, el que delimite sus alcances sin la afectación de los derechos de los ciudadanos.

Respecto del principio de proporcionalidad, garantiza la adecuada aplicación de los derechos fundamentales como metodología para resolver conflictos entre derechos

fundamentales, cuyos alcances puedan limitar el derecho de los consumidores y usuarios, así como, del sector empresarial.

De otro lado, Indecopi, toma como base el derecho de elección de los consumidores y usuarios, y se sustenta *prima facie* que dicho derecho debe contener mayor jerarquía frente al derecho de la libertad empresarial, aplicando de manera inadecuada el principio de proporcionalidad, vulnerando el derecho de la libertad empresarial, en el sentido de limitar su capacidad económica.

En síntesis, sobre los conceptos desarrollados en este primer capítulo, hemos querido dejar claras las definiciones y las herramientas de análisis de lo que se quiere lograr con la realización de la ponderación de derechos la misma que debe ser dominante por basarse estrictamente en la constitucionalidad, por lo que, luego de haberse justificado dichas definiciones, se procederán a utilizar con mayor sustento en el segundo capítulo.



CAPÍTULO II

Problema de Investigación:

En nuestro problema de investigación, analizaremos el reciente y controvertido pronunciamiento de la SPC, emitido en las Resoluciones N° 0219-2018/SPC-INDECOPI del 2 de febrero de 2018 y N° 0243-2018/SPC-INDECOPI del 7 de febrero de 2018, mediante las cuales, la autoridad administrativa concluye que la restricción consistente en la prohibición de ingresar con alimentos y/o bebidas ajenas a los establecimientos comerciales de Cineplex S.A. y Cinemark del Perú S.R.L., constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores, específicamente, su derecho de elección.

Como primer punto importante, nos visualizamos en este escenario y tenemos lo siguiente: la empresa “Cinefesta” tiene como actividad empresarial, la proyección de películas en sus salas de cine y como actividad secundaria, la del expendio de alimentos en sus quioscos; estos servicios y productos ofrecidos al público, se encuentran dentro de su actividad empresarial y los mismos le generan rentabilidad al negocio, el mismo que es familiar.

Por su parte, hay un grupo de consumidores y usuarios, a los que le gusta acudir a los establecimientos de “Cinefesta” pero no le gustan los productos que tienen a la venta, por lo cual, deciden llevar consigo sus propios productos. Ante ello, el personal de la empresa, manifiesta que no es posible ingresar a las salas de cine con alimentos adquiridos fuera del establecimiento pues ello significaría un desbalance en sus ganancias a consecuencia de su modelo de negocio previamente establecido.

Es en este momento, en el que ese grupo de consumidores y usuarios, ejercen libremente su derecho de elección y tienen tres opciones: (i) hacer uso de todos modos de los servicios de proyección de películas en salas de cine y comprar los alimentos que venden en sus quioscos; (ii) hacer uso de todos modos de los servicios de proyección de películas en salas de cine sin comprar los alimentos que venden en sus quioscos; y, (iii) no hacer uso de los servicios de proyección de películas en salas de cine de ese establecimiento y acudir a otro.

De acuerdo a lo desarrollado, no habría vulneración alguna al derecho de elección de los consumidores, toda vez que, no constituye un requisito obligatorio el hecho de

acudir a ver una película y siempre consumir productos alimenticios que tengan a la venta, sino, es un servicio adicional ofrecido, el mismo que es de libre elección.

Entender ello, de la forma más simple, es respetar los derechos de los consumidores establecidos por la Constitución, así como, respetar la libertad empresarial, haciendo especial relevancia en que la libertad de empresa, se encuentra reconocida como un derecho fundamental con el que cuentan todos los peruanos dentro de una economía social de mercado.

Como este razonamiento no fue el utilizado por la SPC en las resoluciones citadas, traemos hasta aquí el concepto de la ponderación de derechos, la misma que tal y como fue desarrollada en el primer capítulo de la presente investigación, se realiza cuando existe un conflicto entre dos derechos, para lo cual, se elige uno de ellos; permitiéndonos medir el equilibrio entre los mismos, en el caso en concreto entre el derecho de libertad de empresa y los derechos de los consumidores. Es por ello, que consideramos como deber de la autoridad, ponderar antes de emitir sus pronunciamientos; más aún, si los mismos, generarán impacto en la sociedad.

Es preciso volver a traer el test de proporcionalidad y/o razonabilidad, el mismo que, es una herramienta principal para este trabajo de investigación y que debió ser aplicado por el Indecopi; sin embargo, no lo hizo, por lo que, procederemos a desarrollarlo de la forma más práctica para el entender del lector de esta investigación:

Respecto al primer subprincipio que es el de idoneidad o de adecuación, la SPC ha considerado que el pronunciamiento responde a la aplicación del principio de legalidad, pues considera que permitir el ingreso de productos al interior de las salas de cine, es la disposición más idónea para asegurar el derecho a elegir. Lo cual consideramos desproporcional porque en efecto se pudo optar por otra medida, rescatando que el objetivo – lo que se protege – es constitucional y la finalidad -donde se aplica- de la autoridad administrativa son los consumidores; generándose con ello, un conflicto de derechos constitucionales sin salvaguardar los mismos como tal.

El segundo subprincipio es el de necesidad, por intermedio del cual la SPC ha considerado realizar una especie de filtro como una restricción menor para el derecho afectado. En relación a este subprincipio y siguiendo con la protección, únicamente, a los consumidores, posición asumida por la autoridad administrativa, naturalmente no existe otra forma en la cual se pueda conseguir que ellos compren cosas más baratas

dentro de estos establecimientos, entonces, hasta ahí se cumpliría con la aplicación del test. El cual, si bien no ha sido desarrollado, estaría argumentado de forma tácita en el análisis de sus dos resoluciones.

Por último, el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*, se hace evidente que no ha sido correctamente aplicado por el Indecopi en sus resoluciones emitidas, lo cual sirve de base para la presente investigación y su relevancia. Ello, toda vez que, al analizar este último subprincipio que integra el test de razonabilidad y/o proporcionalidad, nos da la idea más clara y nos orilla a la realización de una correcta ponderación de derechos.

Para no perder de vista la idea central, puntualizamos que se necesita realizar una ponderación a consecuencia de que al haber entrado en conflicto dos derechos, se debe determinar cuál de ellos tiene una mayor incidencia en relación a circunstancias específicas.

En estos casos paradigmáticos, como lo son, las Resoluciones N° 0219-2018/SPC-INDECOPI y N° 0243-2018/SPC-INDECOPI, se debió ponderar el derecho de elección de los consumidores frente al derecho de ejercicio de la libertad empresarial y es aquí donde se suscita el problema; toda vez que, lo correcto y esencial a realizarse debió haber sido que los derechos de los consumidores no se ven afectados porque ellos ejercen libremente su derecho de elección. Sin embargo, para las empresas de cine multadas, la medida adoptada por el Indecopi en las resoluciones precedentes, afecta el respaldo económico de las empresas y por ende sus ganancias.

Es por ello que en la aplicación correcta de este último subprincipio es en el que se ha suscitado el problema que en este caso es materia principal de nuestra investigación y es que se debe examinar si el hecho de permitir el ingreso de alimentos comprados en el exterior a las salas de cine, es decir, proteger a los consumidores es mejor o tiene mayores beneficios en relación al perjuicio ocasionado a la empresa, que como ya sabemos, no pierde, por el contrario, trasladará el costo de los alimentos a las entradas, reducirá personal, entre otras consecuencias que, finalmente, van en contra de los intereses económicos de la empresa, así como, su compromiso con ser socialmente responsables.

Considerando nuestro problema de investigación: **¿Es incorrecta la ponderación realizada por el Indecopi, entre el derecho de elección del consumidor y la**

libertad de empresa del proveedor?; es importante proceder al desarrollo del mismo, teniendo en consideración la crónica de derechos establecidos a nivel dogmático, así como, jurisprudencial.

Al respecto, tenemos que las Constituciones de 1812, 1823, 1826, 1828 y 1834, hacen referencia en el ámbito constitucional económico, únicamente, a la hacienda, contribuciones y presupuestos. Por su parte, la Constitución de 1839, en sus artículos 39 y 169, instituye el derecho de la propiedad y el derecho a la libertad de trabajo, respectivamente.

La Constitución de 1839, es el punto de partida para la creación de nuevos derechos, llámense fundamentales por la creación del derecho a la libertad de trabajo, es entonces, que desde este momento se va instaurando para ser reconocido ahora como el derecho de libertad empresarial del que gozan todos los ciudadanos.

La Constitución del 1856, establece una contribución universal para efectos de la eliminación del tributo indígena; teniendo dicha carta magna estricta relación con las Constituciones de 1860 y 1867 donde se desarrolla el concepto de contribución.

Lo desarrollado en las cartas precedentes, dieron paso a la Constitución de 1920 donde resaltan el establecimiento de los derechos sociales para que, con la Constitución de 1933, en su artículo 34, se establezca que la propiedad debe usarse en armonía con el interés social.

Es con la Constitución de 1979, que se dio origen al régimen económico orientado a que el trabajo dignifica al hombre y se realiza a través del mismo, fomentando la producción y defendiendo el interés de los consumidores.

Como es visto, desde la promulgación de esta carta, ya se empieza a hablar sobre los derechos de los consumidores y la defensa de sus intereses como tal, considerando, además, que la iniciativa privada es libre, por lo que, se ejerce una economía social de mercado. Es decir, cada concepto tiende a ser correlativo.

Es importante resaltar que, de la redacción y puesta en publicación de la Constitución de 1979, de forma rápida y no explícita, se hace mención a la defensa de los derechos de los consumidores y al reconocimiento de que la iniciativa privada es libre dentro de

la economía social de mercado; es decir, nuestros derechos constitucionales como consumidor y/o proveedor no estaban siendo respaldados.

Antes de continuar, es preciso mencionar que los acontecimientos propuesto al inicio de este capítulo reviste total importancia, toda vez que, vemos que a lo largo del tiempo se han ido extendiendo los derechos de los consumidores a consecuencia de la influencia de los mismos en las relaciones contractuales, al abastecimiento de nuestros poderes; sin embargo, los de libertad empresarial se han mantenido en el tiempo y porque no decirlo, se han limitado hasta cierto punto con el único fin de tener igualdad de condiciones.

Sin perjuicio de ello, es que, durante la vigencia de esta Constitución, en el Perú, en el año 1991, mediante Ley N° 25327, se promulgó el Decreto Legislativo N° 716, "Normas sobre Protección al Consumidor".

En 1992, mediante Decreto Ley N° 25868, se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), institución que, en adelante, velaría por los derechos del consumidor.

Es con la creación de esta institución y con la disposición señalada, que se crearon los principales derechos del consumidor peruano, tales como el derecho a la información, referido a la responsabilidad que tiene todo proveedor de brindar información importante y suficiente para que el consumidor tome una buena decisión de compra; derecho a la idoneidad, a recibir un trato equitativo y justo, entre otros.

Es importante precisar que si bien la Constitución de 1979 y la de 1993 establecen que el modelo económico del Perú, es el de Economía Social de Mercado; se han marcado diferencias relevantes tales como: (i) que en la de 1979 se señala que el Estado presta servicios públicos y en la de 1993 se establece el rol subsidiario; (ii) en la de 1979 se señala que el Estado reglamenta la iniciativa privada y en la de 1993 se señala que orienta y promueve la misma; y, (iii) en la de 1979 limita el comercio internacional a razones de interés social y en la de 1993 equipara la inversión nacional a la extranjera e incluso estipula que las controversias será resueltas en arbitraje.

Hasta antes de la institución de estos derechos, el consumidor o usuario como es ya conocido, sólo se conformaba con la información que el proveedor brindaba, ya que no contaba con los suficientes elementos para reclamar sus disconformidades o por lo

tedioso que resultaba el trámite ante la vía jurisdiccional, resultando así que el proveedor peruano siempre o casi siempre tenía la razón.

Tal y como ya se ha desarrollado en la parte introductoria de este trabajo de investigación, el artículo 65 de la Constitución, prescribe que “el derecho a la protección de los consumidores, donde el Estado actúa en defensa de sus intereses; garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado y velando, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

Asimismo, el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, (en adelante, la Constitución), establece que la iniciativa privada es libre, por lo que, el artículo 59 de la Constitución, establece que “el Estado se encarga de promover la creación de riqueza, garantizando la libertad de trabajo y la libertad de empresa; no hace referencia a la regulación de la iniciativa privada, sino que se ocupa de que su impacto no vaya en contra de la moral, salud y seguridad pública de la ciudadanía en general”.

Nos mantenemos en la idea de que no existe regulación respecto a un modelo o tipo de negocio dentro de una economía social de mercado, por lo que, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa promoviendo el empleo, salvaguardando la salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura puestos al consumidor.

Es decir, se hace mención de su actuar para con la libertad empresarial y sus relaciones con sus clientes (consumidores y/o usuarios). Ello, resulta de gran relevancia para el inicio de nuestro estudio en la línea de estos sectores (empresa y consumidor) y la forma en que se interrelacionan dentro del mercado nacional.

Es importante tener en cuenta que, de acuerdo a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 1, se establece que: “el TC es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

Es por ello que, consideramos sus pronunciamientos como la jurisprudencia conveniente a servir como punto de referencia. En principio, tomaremos la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al Expediente N° 0008-2003-AI/TC.

En esta sentencia, se analizó el modelo económico consagrado por la Constitución y se destacó la importancia que reviste la inclusión de un régimen económico en la Carta Fundamental.

Resulta imprescindible instituir y relacionar a un alto nivel y prioritario a la economía social de mercado frente a un Estado democrático para dar pase a la tan denominada “Constitución Económica”, es decir, que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho.

La principal moción para que la Constitución sea denominada una Constitución enfocada netamente al ámbito económico, es que exista justicia en la toma de las decisiones por parte de las partes intervinientes en una relación económica y que dichas actuaciones vayan en coherencia con la vida social, en la promoción y tuitividad de los derechos fundamentales como persona, y en el aseguramiento del bien común.

En esta sentencia, en el fundamento 4, también se han desarrollado los principios constitucionales que informan respecto al modelo económico, teniendo los siguientes:

- a. **El Estado peruano como Estado social y democrático de derecho:** estableciendo principalmente el reconocimiento de los derechos fundamentales.
- b. **Dignidad de la persona humana:** principio fundamental del que emanan todos los demás, es decir, la dignidad del hombre como medio para alcanzar una economía estable.
- c. **Igualdad:** para todas las partes intervinientes en las relaciones económicas.
- d. **Economía social de mercado:** la misma que debe establecerse que el Estado no debe intervenir en el proceso económico como tal.
- e. **Libre iniciativa privada:** la misma se ejerce sin vulnerar los derechos de los demás, en este caso de la ciudadanía en general.
- f. **La actuación subsidiaria del Estado en la economía:** en ausencia de iniciativa privada.

Asimismo, en esta Sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al Expediente N° 0008-2003-AI/TC, se han establecido las libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico: el derecho a la propiedad; el derecho a la libre

contratación; la libertad de trabajo; la libertad de empresa; la libertad de comercio; y, la libertad de industria.

Estas libertades establecidas, son de suma importancia para nuestra investigación, toda vez que, al ser reconocidas por la Constitución como derechos fundamentales, es sobre ellas que sustentaremos el hecho de que la ponderación realizada por la SPC del Indecopi, deviene en incorrecta.

Al respecto precisó Landa: “Para dar cuenta de lo sostenido hasta el momento, se analizará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú sobre la materia, a través de algunos casos que reflejan la problemática de los límites constitucionales de la libertad contractual”. (2014, p. 318)

Es importante considerar que lo resuelto por el TC, nos sirve como referencia y base para efecto de establecer parámetros en los que dentro de una economía social de mercado puede el Estado ejercer su rol subsidiario o de aplicación supletoria y/o residual.

Para ello, citaremos el contrato de ventas atadas: “Caso Ferretería Salvador”, en la que, a través de una demanda de amparo, se solicitó que se deje sin efecto lo dispuesto por el Indecopi por vulnerar su derecho fundamental del libre ejercicio empresarial. El caso en concreto atiende a que se condicionaba la venta del cemento a la adquisición de productos adicionales.

Dicha demanda fue declarada infundada en vía de amparo, toda vez que, se consideró que la libertad contractual no podía ser utilizada en forma abusiva. Con lo cual estamos de acuerdo; toda vez que, este supuesto es distinto al que defendemos en este trabajo de investigación. En principio, porque dicha condición de venta constituía una obligación para adquirir su producto principal, mas no, una opción de consumir o no como lo es en el caso de las salas de cine.

A partir de los ejemplos citados, tenemos que no existe un precedente, mucho menos de observancia obligatoria, mediante el cual se verifique que el TC que como ya se ha mencionado es el máximo intérprete de la Constitución, haya emitido un pronunciamiento respecto a una ponderación entre el derecho de elección de un consumidor y la libertad empresarial; sin embargo, se evidencia de materia similar, que

nos dan una idea mucho más clara para la resolución de un conflicto de derechos fundamentales.

Para Súmar:

“INDECOPI no se ha arrogado facultades que no le han sido conferidas constitucionalmente, pues no ha declarado en sede administrativa la invalidez de contratos; únicamente, se ha pronunciado por el cese de las conductas que, de acuerdo con su evaluación, demuestran un uso abusivo de la empresa”. (2017, p. 249)

Tal y como acotó este autor, el Indecopi, “de acuerdo a su evaluación” (la cual no necesariamente debe ser correcta) ordenó el cese de conductas que presuntamente significarían un abuso por parte del sector empresariado para con el consumidor; sin embargo, este pronunciamiento puede quedar consentido en sede administrativa, pero es posible de ser reevaluado en sede judicial.

Ya hemos mencionado que, el TC es el máximo intérprete de la Constitución, y es quien utiliza el test de proporcionalidad cuyo uso es la mejor opción para la emisión de un correcto pronunciamiento por parte del Indecopi; sin embargo, no lo considero estrictamente necesario.

Consideramos que las resoluciones emitidas por la SPC son desproporcionales, es decir, no analizan correctamente que la prohibición de los proveedores a los consumidores de ingresar con sus alimentos y/o bebidas, es parte de su modelo de negocio, lo cual es razonable dentro de una economía social de mercado.

Por el contrario, el Indecopi lo que hace es evidenciar que los derechos de los consumidores pueden ir más allá de la libertad contractual sin revisar el acuerdo de las partes.

En esta investigación consideramos que el proveedor también tiene derechos otorgados por la Constitución y el hecho de no amparar los mismos, va en contra del último filtro del test de proporcionalidad sugerido por el TC y, por tanto, cae en una incorrecta ponderación de derechos.

Precisamos que, como toda autoridad administrativa, el Indecopi tiene la obligación de verificar que la medida adoptada sea proporcional a las partes intervinientes en la

relación contractual y específicamente en la relación de consumo, lo cual si constituye una obligación por parte de todo ente administrativo al momento de emitir sus fallos.

El Indecopi emite sus pronunciamientos sin evidenciar un análisis razonable para con ambas partes intervinientes en la relación de consumo, es decir, lo resuelto resulta ser desproporcionado, toda vez que, al momento de resolver, definitivamente, va a tener que priorizarse a una de las partes, pero porque así se encuentra establecido en la Constitución y no porque se hace un análisis al margen de lo prescrito en la misma.

Si bien se hace un análisis *pro* consumidor con el que queda claro que no estamos de acuerdo, el mismo está apoyado a una sola de las partes, pero de forma incorrecta, toda vez que, se analizan aspectos tales como, la libertad de elección del consumidor y no la libertad contractual como parte de la libertad empresarial.

Siguiendo con este análisis, la SPC en las resoluciones citadas, ha establecido que cuando un consumidor acude a las salas de cine, suscribe una especie de contrato con la otra parte (proveedor) configurándose así un tipo de contrato de adhesión en las que no hay negociación en las cláusulas, sino que las mismas les son impuestas.

Son impuestas sí; sin embargo, no son abusivas y las mismas han sido de conocimiento público a lo largo de los años, lo cual, no resulta ser ilegal de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico por ser parte de un modelo de negocio que no empezó el día de ayer, sino que tiene muchos años operando en el mercado y respecto del cual no se han suscitado problemas similares por estar sus actuaciones dentro y conforme al modelo económico peruano.

De ninguna forma se vulnera el derecho de elección de los consumidores y dichas prohibiciones no constituyen cláusulas abusivas pues ello es de conocimiento público y es el consumidor y/o usuario quien tiene la facultad de acudir o no a los establecimientos que brindan estos servicios, si acuden saben a qué deben atenerse y si no acuden, pueden asistir a otras salas de cine que no cuenten con esta prohibición.

Lo desarrollado en el numeral anterior resulta ser de suma importancia, toda vez que, aún hay establecimientos que brindan el servicio de proyección de películas en salas de cine, en los que sigue existiendo esta prohibición y respecto de lo cual, el Indecopi no ha emitido ningún pronunciamiento respecto a un procedimiento de oficio, debiendo corresponder por tratarse del mismo tipo de servicio.

El Indecopi en segunda instancia, ordenó como medida correctiva a Cineplex y Cinemark, que todos los consumidores pueden ingresar con sus productos adquiridos dentro o fuera del establecimiento que brinda el servicio de cine, siempre y cuando estos sean de naturaleza similar, ello de acuerdo a las resoluciones de aclaración emitidas de forma posterior.

La medida correctiva fue ordenada sin considerar los límites de la autoridad administrativa respecto a su función dentro de la economía social de mercado, ello, más aún, si no realiza una ponderación entre los derechos a la libertad de elección de los consumidores y la libertad de empresa de los proveedores.

Si bien no existe la imperativa necesidad de que la autoridad administrativa realice una ponderación de derechos, tampoco es que debe irse por un pronunciamiento en pro de alguna de las partes, es decir, que no le sea estrictamente conveniente al consumidor como sucedió en el presente caso, así como, tampoco que le sea únicamente beneficioso al proveedor.

Sin embargo, no es muy difícil emitir estos pronunciamientos o llegar a una conclusión que contenga condiciones igualitarias para ambas partes si es que nos guiamos por lo prescrito en la Constitución y respetamos los derechos fundamentales de ambas partes intervinientes.

Así como un consumidor tiene derechos, también los tiene el proveedor y ambos se encuentran en la carta magna y en diversos pronunciamientos del TC como máximo intérprete de la Constitución; pues, de lo contrario, ello podría devenir en una excesiva protección al consumidor que a lo largo del tiempo podría significar problemas respecto a la aplicación de determinados derechos.

La ponderación de derechos, es la técnica que defendemos en esta investigación, pues al existir un conflicto en aplicación de dos derechos, se necesita elegir uno de ellos en cumplimiento de lo prescrito en nuestra carta magna.

CAPÍTULO III

Discusión:

La autoridad administrativa estableció que la restricción instituida por los proveedores del servicio de proyección de películas en salas de cine, constituía una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, que limitaba “injustificadamente” el derecho de elección de los consumidores, por: (i) la legislación comparada sin haber analizado de forma estricta también respecto a que régimen económico pertenece cada país conjuntamente con su Constitución; (ii) si es parte o no de la actividad económica por no haber estado registrada tributariamente sin tener en cuenta el principio de primacía de la realidad; (iii) la vulneración específica de su derecho de elección; sin embargo, tampoco consideramos ello correcto, pues dicho derecho se determina en el momento en que el consumidor acepta o no.

De la lectura del análisis realizado por la autoridad administrativa, se tiene que el mismo resulta ser contradictorio, pues, por una parte, refiere que los proveedores tienen la facultad de determinar los precios de los productos que expenden en sus sales de cine en virtud al derecho de libre contratación, libre iniciativa privada y libertad empresarial, para después, mencionar que la adquisición de los productos resulta ser más costosa para el consumidor.

Como propuesta de solución para el conflicto de derechos acontecido, planteamos que debe realizarse una interpretación conjunta de los artículos 49.1 y 50 literal e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor; así como, del Derecho y el ordenamiento jurídico peruano en teoría y práctica.

La interpretación normativa que realiza la SPC y la ponderación realizada son incorrectas, pues la restricción establecida por los cines no vulnera la libertad de elección de los consumidores y para el caso concreto debería preferirse la libertad de empresa del proveedor, pues, nos encontramos dentro de una economía social de mercado, en la cual la intervención del Estado es subsidiaria, es decir, solo debe intervenir en la actividad económica de forma complementaria y en reemplazo en el caso de insuficiencia de la iniciativa privada, siempre que su injerencia sea socialmente necesaria y no suprima ni impida la actividad empresarial de hacer de los particulares.

Asimismo, se precisa que la prohibición o sanción de cláusulas abusivas únicamente debe estar referida a aquellas que distorsionen la naturaleza de un contrato libre que suscriben voluntariamente las partes, a saber, aquellas que otorguen a una de las partes la facultad de modificar unilateralmente las cláusulas del contrato o eliminen la posibilidad de efectuar reclamos o denuncias por su incumplimiento.

Debemos considerar que el hecho de permitir el ingreso libre de alimentos y/o bebidas por parte de los consumidores a los establecimientos que brindan el servicio de proyección de películas en salas de cine, implica una afectación de su estructura de costos, lo cual va en contra de su política empresarial, es decir, de su modelo de negocio.

De este modo, tenemos claro que estas actuaciones por parte del Estado, desnaturalizan los derechos de las partes intervinientes en una relación contractual o relación de consumo respecto a la libre iniciativa privada, libertad empresarial, entre otros derechos reconocidos por la Constitución en favor de los proveedores.

Esos son unos de los argumentos más importantes de los votos en discordia de las resoluciones del Indecopi, pues, se debe tener en claro que los proveedores del servicio no obligan al consumidor a adquirir sus productos, por el contrario, los pone a disposición y es el propio consumidor quien elige comprarlos o no.

El modelo de negocio de los cines, se ve afectado porque los cines venden una experiencia, un “combo” de atributos con varios componentes a un precio adecuado para atraer a la cantidad óptima de clientes, es decir, puedo incrementar el precio de los alimentos y así poder cobrar menos por las entradas, si tenemos como premisa que el servicio o actividad principal es la de la proyección de películas, en nada afecta al consumidor que sean los alimentos los que se vendan a un precio más elevado y así respetar el modelo de negocio puesto a disposición, es decir, como una especie de compensación de un servicio con otro.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 65 de la Constitución y ya desarrollado en nuestro trabajo de investigación, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones generales que revisten de suma importancia y son:

- (i) Brindar la información de los bienes y servicios puestos a disposición en el mercado. Ello refiere a informar sobre datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
- (ii) Velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias.

Recalcando la obligación y deber del Estado para con los consumidores y usuarios, se precisa que la libre iniciativa privada, la libre competencia, entre otras, reconocidas constitucionalmente y desarrolladas dentro de la economía social de mercado, necesitan para ejercer, de tres requisitos:

- (i) La iniciativa de promover las actividades económicas.
- (ii) La elección de las circunstancias, modo y forma de emprender dichas actividades económicas.
- (iii) La igualdad de los competidores ante la Ley.

Se precisa que estos requisitos detallados precedentemente, corresponden a los intereses individuales de la economía, es decir, se encuentran más enfocados al sector empresarial, teniendo correspondencia y debiendo garantizarse también los intereses comunitarios, tales como:

- (i) La estricta correspondencia a la normativa peruana.
- (ii) El respeto de los derechos fundamentales.
- (iii) El ejercicio de cualquier actividad económica en pro o beneficio de la comunidad.

Al respecto, se tiene que las actividades económicas realizadas por algún agente en el mercado, pueden limitarse; no obstante, sus limitaciones y/o restricciones no deben exceder de ninguna forma o ir en contra de su derecho fundamental reconocido por la Constitución de libertad empresarial; es decir, deben mantener su estrategia para ofrecer, adquirir, vender o hasta permutar en el mercado, considerando que las libertades económicas deben ser razonables y proporcionales.

De la lectura del artículo, "Canchita oscurecida", manifiesta Bullard, los modelos de negocio son formas de innovar. Por eso esos modelos cambian continuamente. Si una peluquería decide que solo usará champús o cremas de cierta marca o un restaurante cierta marca de gaseosas, obedece a cómo estructura su negocio. La razón por la que

dejamos que eso sea así es, primero porque el propietario tiene derecho a organizar cómo se usa su propiedad. Segundo, porque la innovación continua en nuevos modelos de negocio beneficia a los consumidores.

Ante dicha reflexión, ampliamos la idea, considerando que los modelos de negocio no pueden ser regulados por el Estado, ni se debe a ellos una directriz o procedimiento de cómo establecerlo, por ello, al existir la libertad empresarial prescrita en la Constitución, su límite es la libertad de contratación y el ejercicio de la libertad de elección de los consumidores, quienes no pueden ser obligados a contratar algo que no les gusta.

Es momento de volver a aplicar nuestro test de razonabilidad y/o proporcionalidad que ha sido de tanta utilidad a lo largo de esta investigación y así defender nuestra posición. Si el Indecopi lo hubiese utilizado y desarrollado, sus resoluciones no se hubiesen convertido en casos paradigmáticos materia de investigación.

El subprincipio de idoneidad o de adecuación, coincidimos con que este objetivo es constitucional y su finalidad para la autoridad administrativa son los consumidores, por lo tanto, no hay otra forma de salvaguardar los derechos de los consumidores como tal y se debe considerar el segundo subprincipio.

El subprincipio de necesidad, coincidimos con la posición asumida por la autoridad administrativa, toda vez que, no existe otra forma en la cual se pueda conseguir que ellos compren cosas más baratas dentro de los establecimientos de Cineplanet y Cinemark, por lo tanto, no hay otra forma de salvaguardar los derechos de los consumidores como tal y se debe considerar el segundo subprincipio.

Hasta este momento y en aplicación del test de proporcionalidad y/o razonabilidad, el Indecopi cumpliría con lo establecido en nuestra Constitución respecto a los derechos de los consumidores, derecho de libertad empresarial, así como, al contenido esencial del derecho a la libertad empresarial y el derecho de elección de los consumidores; sin embargo, es de suma importancia comprender que no basta que su análisis se haya dado de una forma tácita y ello lo veremos en el tercer y último subprincipio.

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu* y quizá el de mayor rango y/o importancia, es el que evidentemente no ha sido desarrollado por el ente administrativo en sus resoluciones emitidas, pues, de así haberlo hecho, la respuesta

rápida devendría en la ponderación de derechos como obligación para efecto de emitir este tipo de pronunciamientos que no tienen un antecedente y que van a servir como base no solo de investigaciones por su relevancia sino de precedente para la emisión de diversos pronunciamientos ya sea de igual o similares materias.

Dos derechos y/o principios entran en conflicto, entonces, la solución al mismo es la de ponderar, es decir, se debe determinar cuál de ellos tiene una mayor incidencia, cuál de ellos se debe proteger, sin dejar desamparado al otro y en aplicación de lo prescrito en nuestra carta magna en beneficio de ambas partes intervinientes en la relación contractual y/o de consumo.

Nuestra posición se mantiene en que los derechos de los consumidores no se ven afectados porque ellos ejercen libremente su derecho de elección, de la siguiente forma:

(i) Hacer uso de todos modos de los servicios de proyección de películas en salas de cine y comprar los alimentos que venden en sus quioscos; (ii) hacer uso de todos modos de los servicios de proyección de películas en salas de cine sin comprar los alimentos que venden en sus quioscos; y, (iii) no hacer uso de los servicios de proyección de películas en salas de cine de ese establecimiento y acudir a otro.

De este modo es que se necesita ejercer el derecho de elección de los consumidores, no consideramos que haya otra forma, pues, no se afecta en nada sus actividades de esparcimiento o rutinarias de ser el caso. No existe vulneración alguna sus derechos, toda vez que, no constituye un requisito obligatorio el hecho de acudir a ver una película y siempre consumir los productos alimenticios que tengan a la venta, sino, es un servicio adicional ofrecido.

Entender ello, de la forma más simple, es respetar los derechos de los consumidores establecidos por la Constitución, así como, respetar la libertad empresarial, haciendo especial relevancia en que la libertad de empresa, se encuentra reconocida como un derecho fundamental con el que cuentan todos los peruanos dentro de una economía social de mercado y el hecho de mantener la medida adoptada por el Indecopi en sus pronunciamiento materia de análisis, afecta el modelo de negocio y por ende las ganancias de los proveedores.

Ya hasta este momento se necesita considerar que si la medida adoptada por el Indecopi siempre sería en beneficio de los consumidores o si a lo largo de su aplicación por el perjuicio ocasionado a la empresa, se trasladará el costo de los alimentos a las entradas, se reducirá personal, entre otras consecuencias que finalmente van en contra de los derechos económicos con el que deberían gozar los proveedores de forma inherente y, por el contrario, alterarían su compromiso con ser socialmente responsables.

La interpretación normativa que realiza la SPC y la ponderación realizada son incorrectas, pues la restricción establecida por los cines no vulnera la libertad de elección de los consumidores y para el caso concreto debería preferirse la libertad de empresa del proveedor, pues, nos encontramos dentro de una economía social de mercado, en la cual la intervención del Estado es subsidiaria, es decir, el Estado sólo debe intervenir en la actividad económica de forma complementaria y en reemplazo en el caso de insuficiencia de la iniciativa privada, siempre que su injerencia sea socialmente necesaria y no suprima ni impida la actividad de los particulares.

El sistema económico recogido en la Constitución que actualmente tenemos, es el de una economía social de mercado, ello, de acuerdo al artículo 58 de la Constitución, es decir, es el mercado el que se rige por intermedio de la ley de la oferta y la demanda y donde la participación del Estado es limitada, pues no es un agente económico, sino actúa como un veedor del buen funcionamiento del mismo.

Adicional a ello, se debe tener en cuenta que el rol del Estado dentro de una economía social de mercado es subsidiario, es decir, el principio de subsidiariedad permite al Estado actuar en determinadas circunstancias como por ejemplo en el caso en que no exista determinado servicio fundamental por parte del sector privado y es de necesaria intervención estatal. En el presente caso, el rol subsidiario del Estado se vincula con la función del Indecopi de tutelar los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, en el sentido de establecer directrices que no afecten los derechos fundamentales de la sociedad, por ejemplo, delimitar excesos en el procedimiento de atención a los consumidores y usuarios.

Nuestra Constitución ha establecido el rol subsidiario del Estado en la economía peruana como una forma de actuación supletoria ante las fallas en el mercado buscando el bien común, buscando así, la eliminación de conflictos dentro de una relación económica.

Adicional a ello, precisamos que la Constitución no tiene principios económicos constitucionales sino, únicamente, principios constitucionales enfocados a lo económico que serían la economía social de mercado, la subsidiariedad y el equilibrio fiscal.

Teniendo en consideración este enfoque citado, estamos claros con que el modelo que recoge la Constitución peruana es el de economía social de mercado porque se encuentra en el medio, es decir, no es un sistema neoliberal porque no se rige únicamente por la actividad empresarial y tampoco es socialista porque sus actividades económicas no dependen únicamente del Estado.

Respecto a la subsidiariedad, se ha analizado la misma como vertical que se da entre entidades del Estado, así como, la horizontal, la misma que es inconstitucional, pues, no debe ejercerse este rol por parte del Estado tal y como ha sucedido en el presente caso, sino que el mismo debía actuar de forma supletoria; sin embargo, no lo hizo, pues su intervención fue directa, perjudicando a una de las partes de la relación económica, como lo es, el sector empresarial.

En la presente investigación, hemos llegado a la conclusión de que no debía emitirse un pronunciamiento en pro de una de las partes de la relación económica como lo fue en este caso en pro del consumidor pues dicho pronunciamiento es a todas luces inconstitucional por no haberse recogido lo que ya se encuentra establecido para con la libertad empresarial.

Si tal y como ya se ha mencionado, el TC es el máximo intérprete de la Constitución, utilizar el test de proporcionalidad hubiese sido la mejor opción para el Indecopi para efecto de emitir estas resoluciones; sin embargo, no lo hizo, eso en principio, pues la otra opción y parte de la cual nos encontramos, es que si no se utilizó dicho test respecto a la idoneidad de la medida, necesidad y proporcionalidad, porque claramente no se evidencia, debía considerarse utilizar la ponderación de derechos.

Si bien para las resoluciones emitidas por las entidades del Estado, no es estrictamente necesario utilizar el test o la ponderación, si lo debió ser para estos casos en concreto pues los mismos resultarían ser de relevancia total por tratarse de materias tan delicadas como la vulneración de la libertad empresarial que es nuestro

punto y no la vulneración de derechos de los consumidores que es en lo único que se sustentó el Indecopi.

Más aún si esta institución pública tenía claro que su pronunciamiento al respecto más que relevante, generaría un impacto significativo en la sociedad que para algunos resulta ser positivo y en gran parte negativo, pues tal y como ya se ha mencionado, basta acudir a lo prescrito en la Constitución para efecto de corroborar la postura de esta investigación.

Lo dicho es de real importancia, toda vez que, tenemos una vez más, que el rol del Estado debe ser vigilante, garantista y corrector; todo ello, de acuerdo a sus facultades establecidas, mas no interventor, en virtud del principio de subsidiariedad al que debe regirse.

El Estado, al intervenir, estaría realizando una regulación específica y no dejaría que el mercado se lleve a cabo a consecuencia de la oferta y demanda que rigen las relaciones económicas dentro de las que se encuentran las relaciones de consumo y las relaciones contractuales; debiendo el Estado mantener su función garantizadora y heterocompositiva.

De manera referencial, se hace mención que el 22 de mayo de 2019, en la sección economía, Radio Programas del Perú, informó a la población mediante un artículo, que en el Perú la legislación prohíbe al Estado, incluyendo al Indecopi, fijar los precios, salvo para las tarifas de los servicios públicos como la telefonía, la luz o el agua.

Asimismo, precisó que una eventual intervención del Estado en los precios podría desmotivar a los empresarios a seguir produciendo, lo que ocasionaría escasez de un producto y la creación de mercados ilegales con precios muy altos, conocidos como “mercados negros”.

Por último, precisó que, en general, los precios deben ser libres para que los consumidores puedan elegir el precio que más les convenga y que los proveedores puedan hacer negocios, compitiendo entre ellos, para captar clientes con ofertas y precios atractivos.

Si bien en este artículo la materia discutida es distinta, dichos argumentos, van acorde con la idea y propuesta de este trabajo de investigación, que es la libre elección de los

consumidores, respecto a los productos o servicios puestos a su disposición que el Estado, tal y como ya se ha mencionado, no interviene como regulador en determinada relación de contractual y/o de consumo.

La actuación del Estado dentro de una economía social de mercado refuerza nuestra posición respecto a los hechos acontecidos a consecuencia de los pronunciamientos emitidos por el Indecopi.

Resulta ser irrazonable y desproporcional que existiendo un marco jurídico vigente del cual guiarnos y que está elaborado de acuerdo a la realidad nacional, se necesite acudir a legislaciones extranjeras cuando su carta magna no responde a nuestro entorno peruano, es decir, no se encuentra acorde con la institución de nuestros principios como derechos y libertades, cayendo así en un atentado a nuestros derechos fundamentales.

Siguiendo la idea de que el TC es la institución máxima, designada constitucionalmente para determinar, resolver, pronunciarse respecto a que, si los actos públicos o privados dentro del ámbito económico se han dictado obedeciendo a nuestra carta magna porque de lo contrario, se declarará su nulidad, utilizando como herramienta fundamental la ponderación de derechos.

La actuación del Indecopi se realiza en el marco de una serie de normas administrativas cuya validez e importancia son incuestionables; sin embargo, tal y como hemos demostrado a lo largo de la presente investigación, no han cumplido con su deber y obligación de subsidiariedad al haberse emitido pronunciamientos sin realizar una ponderación de derechos, es decir, sin observar lo establecido por la Constitución para cada una de las partes intervinientes.

A través del estudio de los pronunciamientos de esta autoridad administrativa, se llega a la conclusión de que las resoluciones del Indecopi vulneran abiertamente el derecho fundamental de la libertad de empresa, en su manifestación de la libertad contractual, por lo que, teniendo en cuenta que el elemento de la ponderación es una forma de solucionar los conflictos de derecho, se debió aplicar adecuadamente para emitir el determinado fallo relacionado a esta materia; no obstante, no se hizo, pues, de lo contrario, no nos encontraríamos en este escenario.

En el presente caso, el Indecopi prefiere acoger lo señalado por el consumidor respecto a que se le estaría vulnerando su derecho de elección, antes que observar que su libertad de elección ya se dio y se superó al momento en que el consumidor y/o usuario elige acudir este establecimiento y consiguientemente, acepta las condiciones de uso del mismo, ello, de acuerdo al contrato adoptado por las partes al momento de adquirir la entrada y/o boleto y desde que se encuentra en las instalaciones.

No se puede amparar únicamente el derecho de elección de los consumidores pues en esta ocasión se trató de los proveedores que cuentan con salas de cine abiertas al público en general pero más adelante, se tratará quizá de un centro recreacional, discoteca u otro en el que se deba analizar la actividad principal más la accesoria y como vulnerarían los derechos de ambas partes, por lo que, es desde este momento que se debe establecer hasta donde llegan los derechos de los consumidores y hasta donde los derechos del proveedor.

Resultaría importante ver hasta dónde llegan los derechos del proveedor respecto a su modelo de negocio el cual de acuerdo a sus facultades deben ir acorde a lo establecido por la Constitución respecto a que la iniciativa privada es libre, la libertad empresarial ejercida por este sector sin vulnerar la dignidad de la persona humana como derecho fundamental, lo cual en el presente caso no ha sucedido.

El hecho de prohibir el ingreso de bebidas y/o alimentos a las salas de cine, no vulnera derechos fundamentales, únicamente, es parte de un modelo de negocio y quien lo quiere utilizar lo hace, pues el hecho de ver películas en pantalla gigante no es un derecho fundamental o de primera necesidad.

Si bien el principio *pro consumidor* está recogido en la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, el mismo es una opción al cual pueden acogerse determinadas instituciones cuando vean que se está vulnerando abiertamente los derechos de los consumidores y no porque en cada caso deba utilizarse pues de lo contrario no estaríamos respetando nuestro modelo económico, por el contrario, estaríamos llevándolo como una especie de estado socialista lo cual no nos corresponde.

Resultaba de vital importancia y relevancia, utilizar la herramienta de la ponderación teniendo en consideración la razonabilidad y/o proporcionalidad como consecuencia

de su decisión adoptada para efecto de emitir resoluciones; sin embargo, su actuar fue muy limitado al no haberse evidenciado correctamente en análisis realizado en sus pronunciamientos respecto al “Derecho a la libertad empresarial” (establecido en el artículo 59 de la Constitución) y el “Derecho de elección de los consumidores” (establecido en el artículo 65 de la Constitución).

Pese a que estos casos fueron cuestionados en sede judicial mediante acciones de amparo demandadas por parte de Cineplex (Expediente Judicial N° 3635-2018) y Cinemark (Expediente Judicial N° 4010-2018), las mismas fueron declaradas infundadas por el Décimo Primero Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Respecto a ello, consideramos que el problema de la estrategia legal utilizada por los representantes de las salas de cine, fue incorrecta, pues, optaron por las acciones de amparo argumentando para ello la afectación a derechos constitucionales, lo cual es evidente para nosotros, pero luego de haber realizado este trabajo de investigación; sin embargo, en principio estas empresas debieron ejercer sus derechos por medio de la acción contencioso administrativa y así la autoridad jurisdiccional analizar el fondo de los argumentos utilizados por la institución administrativa y el control de su legalidad como eje fundamental de sus funciones.

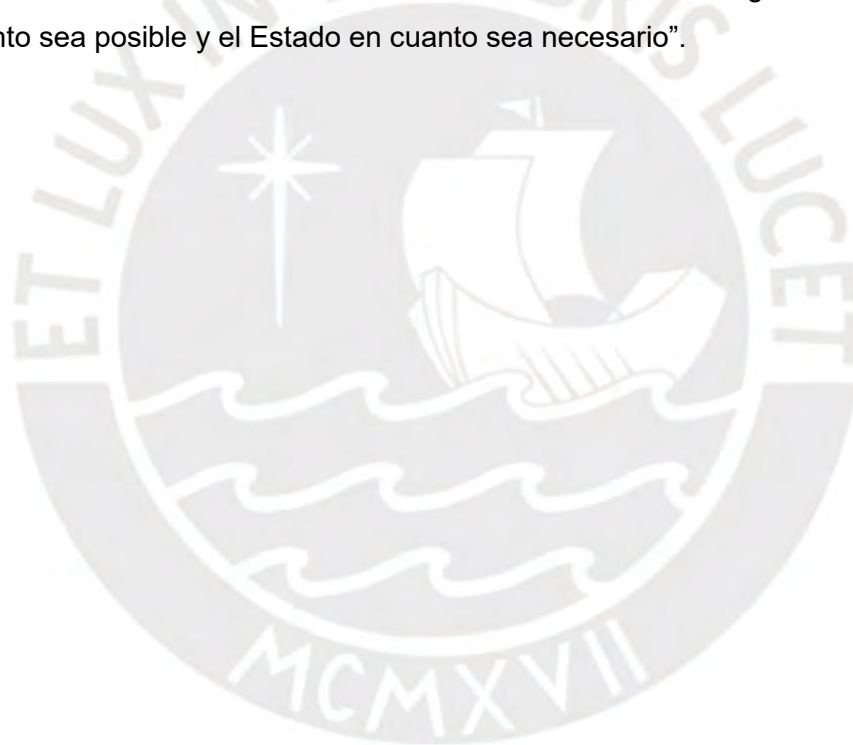
Sin perjuicio de ello, luego de esta investigación, se llega a la conclusión de que es flagrante el hecho de que las decisiones del Indecopi vulneran derechos fundamentales; precisando, las acciones de amparo debieron haberse declarado fundadas, pues el Poder Judicial, desestimó lo planteado por los proveedores del servicio y de una u otra manera, emitió su pronunciamiento en línea a lo resuelto por la autoridad administrativa, el mismo carece de una adecuada argumentación para llegar a su decisión. Sin embargo, cabe precisar, que hubo la posibilidad de optar por la acción Contenciosa Administrativa y en ella realizar un control sobre la legalidad.

Es por ello que, sobre la base de la doctrina desarrollada y la jurisprudencia del TC, el Indecopi como garante del régimen económico de nuestra Constitución en las relaciones económicas del día a día del ciudadano-consumidor, debe aplicar la idea planteada respecto a la importancia de la ponderación de derechos como solución del surgimiento o conflicto de unos con otros, para así, de acuerdo a nuestra Constitución, hacer honor al denominado título de nuestra investigación “el mercado en cuanto sea posible y el Estado en cuanto sea necesario”.

Conclusiones:

1. Una interpretación conforme a nuestra Constitución, nos permite determinar que la protección de los derechos de los consumidores, específicamente la protección a la libertad de elección de los consumidores, no incluye el derecho que tendrían los consumidores a vulnerar el derecho a la empresa del proveedor, imponiéndole la obligación de permitir el ingreso de alimentos o productos adquiridos fuera del establecimiento.
2. La medida adoptada por el Indecopi, no supera la primera de etapa del test de proporcionalidad, referida al sub principio de idoneidad o de adecuación, pues dicha medida carece de legitimidad constitucional al vulnerar el derecho a la libertad de empresa de los proveedores y no resulta idónea para alcanzar el objetivo buscado, que no es otro, que proteger la libertad de elección de los consumidores.
3. El consumidor ejerce su libertad de elección antes de acceder a la relación de consumo. Una vez aceptada, el consumidor queda sujeto a las condiciones acordadas previamente con su proveedor. Una interpretación contraria, es incompatible con la Constitución, pues vulnera la libertad de empresa del proveedor, específicamente, la libertad de dirección y organización de su actividad empresarial.
4. La interpretación normativa que realiza la SPC y la ponderación realizada son incorrectas, pues la restricción establecida por los cines no vulnera la libertad de elección de los consumidores y para el caso concreto debería ponderarse la libertad de empresa del proveedor, debiendo prevalecer los presupuestos que posibilitan el ejercicio del mismo, tales como, las nociones jurídicas de economía de mercado, competencia económica y economía social de mercado.
5. La intervención del Estado es subsidiaria, es decir, el Estado solo debe intervenir en la actividad económica de forma complementaria y en reemplazo en el caso de insuficiencia de la iniciativa privada, siempre que su injerencia sea socialmente necesaria y no suprima ni impida la actividad de los particulares, lo cual no ha sucedido en los casos analizados en esta investigación.

6. Es flagrante el hecho de que las decisiones del Indecopi vulneran derechos fundamentales, por lo que, las acciones de amparo debieron haberse declarado fundadas; no obstante, el Poder Judicial, desestima lo planteado por los proveedores del servicio y de una u otra manera, emite su pronunciamiento en línea a lo resuelto por la autoridad administrativa, acogiéndose a su pronunciamiento, el mismo que no contiene una adecuada argumentación para llegar a su decisión.
7. Sobre la base de la doctrina desarrollada y la jurisprudencia del TC, el Indecopi como garante del régimen económico de nuestra Constitución en las relaciones económicas del día a día del ciudadano-consumidor, debe aplicar la idea planteada respecto a la importancia de la ponderación de derechos como solución del surgimiento o conflicto de unos con otros, para así, de acuerdo a nuestra Constitución, hacer honor al denominado título de nuestra investigación “el mercado en cuanto sea posible y el Estado en cuanto sea necesario”.



BIBLIOGRAFÍA

Cervera L. & Obando M. (2010) *“Protección al Consumidor: Nuevos Horizontes, Perspectivas y Desafíos. Una revisión al Panorama Actual”* (p. 3). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13334/13961>

Castillo-Córdova, L. (2005). *“El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”*. (p. 21)

Castillo-Córdova, L. (2004). Foro Jurídico. *“El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales”*. (p. 144)

Castillo, M. (2013) *“El Derecho Constitucional Económico en el Perú”*. Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Núm. Especial: América Latina (2013).

Constitución Política del Perú, 1993 (Const., 1993, Art. 58).

Constitución Política del Perú, 1993 (Const., 1993, Art. 59).

Constitución Política del Perú, 1993 (Const., 1993, Art. 65).

Ruiz, G. (2018) *“Consumer sovereignty and freedom of choice in developing countries. Soberania do consumidor e liberdade de eleição em países em desenvolvimento”*. *Revista de Economía Institucional*. 2018 primer semestre, Vol. 20.

Durand, J. (2015) *“El Código de Protección y Defensa del Consumidor, retos y desafíos para la promoción de una cultura de consumo responsable en el Perú”* (p. 12). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/14958/15492>

Durand Carrión, Julio, *Revista de Actualidad Mercantil*; Language: Spanish, Base de datos: Portal de Revistas PUCP.

Hernando, E. (2018) *“Freedom and Dignity in The Social Market Economy: Some Orientations in Favor Of The Commercial Republic”*. *Revista Vox Juris*. 2018, Vol. 36.

García, E. (1984) *“Principio de Legalidad, Estado Material de Derecho y Facultades Interpretativas y Constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución”*.

Landa, C. (2014) *“La Constitucionalización del Derecho Civil: El Derecho Fundamental a la Libertad Contractual, sus alcances y sus límites”*.

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Ley N° 453, Ley General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores.

Ley N° 24430, Constitución Nacional Argentina.

Ley N° 24.240, Ley de Defensa del Consumidor – Argentina.

Marcos, F. (2003) “Anuario de la Competencia 2003, en el comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid”. ¿Monopolio de las palomitas en los cines?

Purizaca, J. (2010) *“Los 18 años del Sistema Peruano de Protección al Consumidor”* (p. 2). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13331>

Alexy, R. (2011) Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN: 0211-5743, num. 91, enero-abril (2011), (pp. 11 - 29).

Rubio, M. (2012) *“El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (pp. 23 - 26).

Sahuí, A. (2017) *“Desacuerdos sobre derechos Waldron y Dworkin sobre parlamentos y tribunales”*. (pp. 1 - 27).

Sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2003-AI/TC).

Súmar, O. (2017) *“Economía y Constitución. Las libertades económicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*.

Tribunal Constitucional, 2006 (STC N° 05229-2006-AA).

Tribunal Constitucional, 2006 (STC N° 01535-2006-AA).

Tribunal Constitucional, 2009 (Sentencia Expediente N° 1473-2009-PA-TC).

Zegarra, G. (2005) “Y mi palabra es la Ley: Indecopi, publicidad comparativa e interpretación contra Legem” (p. 25). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8771/9157>

