

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe Jurídico de la Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional
de Abogada

Autora:

Mayra Alessandra Quevedo Yparraguirre

Asesor:

Raúl Roy Solórzano Solórzano

Lima, 2021

DEDICATORIA:

A mi hijo Gabriel, por ser mi motivación de ser mejor cada día.

A mis padres, Uben y Rosario, por su confianza e infinito amor,

A mi hermano Sergio, por ser el mejor amigo que la vida me pudo dar,

A Arturo, por ser mi compañero en este largo camino de la vida.



AGRADECIMIENTO:

A mi asesor Raúl Solorzano por estar siempre presto a ayudarme en el desarrollo del presente informe.

A mi familia por ser mi mayor ejemplo de constancia y superación.



RESUMEN

El régimen económico adoptado por nuestra Constitución es el de economía social de mercado, es decir, los precios y las condiciones en el mismo se rigen por la oferta y la demanda; y, en consecuencia, la intervención estatal se realiza de manera subsidiaria. No obstante, en los últimos años, los pronunciamientos de INDECOPI parecen no ir acorde al régimen económico estipulado en nuestra Constitución. Como evidencia de ello, en el presente Informe se procederá a analizar el pronunciamiento de la Sala Especializada de Protección al Consumidor del Indecopi en la Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI, mediante el cual la Sala concluye que la restricción de ingresar a las salas de cine con alimentos o bebidas adquiridas fuera del establecimiento de Cineplex constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita el derecho de elección del consumidor.

En ese sentido, el presente informe tiene por objetivo, usando como métodos el análisis síntesis, análisis económico del derecho y derecho comparado, por un lado, evidenciar que el Indecopi no realizó una correcta ponderación entre el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la libre elección del consumidor, y que ello no solo se torna inconstitucional, sino que también afecta al mercado y a los agentes económicos que intervienen en el mismo; por el otro, demostrar que la restricción del acceso al cine con alimentos o bebidas adquiridas fuera de Cineplex no constituye una cláusula abusiva, sino que es una restricción que el proveedor le hace al consumidor avalándose en su derecho de libertad y autoorganización empresarial.

Palabras clave: consumidor, economía social de mercado, cláusulas abusivas

ABSTRACT

The economic regime adopted by our Constitution is the social market economy, that is, prices and conditions are governed by supply and demand; and, consequently, state intervention is carried out in a subsidiary manner. However, in recent years, INDECOPI's pronouncements seem not to be consistent with the economic regime stipulated in our Constitution. As evidence of this, this Report will proceed to analyze the pronouncement of Indecopi's Specialized Chamber for Consumer Protection in Resolution N° 0219-2018 / SPC-INDECOPI, through which the Chamber concludes that the restriction to enter movie theaters with food or drinks purchased outside the Cineplex establishment constitutes an abusive clause of absolute ineffectiveness that limits the consumer's right of choice.

In this sense, this report aims, using synthesis analysis, economic analysis of law and comparative law as methods, on the one hand, to show that Indecopi did not make a correct balance between the right to the freedom of business and the consumer's right of choice, and that this not only becomes unconstitutional, but also affects the market and the economic agents that intervene in it; on the other, to demonstrate that the restriction of access to the cinema with food and or drinks purchased outside Cineplex does not constitute an abusive clause, but rather is a restriction that the supplier makes to the consumer, guaranteeing his right to freedom and business self-organization.

Keywords: consumer, the social market economy, abusive clauses

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. Introducción.....	1
2. Justificación de la elección de la Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI.....	2
3. Hechos sobre los que versa la controversia.....	2
3.1 Denuncia de Aspec ante la Comisión de Protección al Consumidor-Sede Lima Sur.....	2
3.2 Resolución N°850-2017/CC2	3
3.3 Apelación de Aspec a la Resolución N°850-2017/CC2.....	3
3.4 Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI.....	4
3.5 Voto en Discordia.....	5
3.6 Solicitud de Aclaración.....	6
4. Problemas jurídicos identificados en la Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI..	7
5. Análisis y posición sobre los problemas jurídicos identificados en la Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI	7
5.1. ¿La restricción interpuesta por Cineplex vulnera el derecho a la libre elección de los consumidores?.....	7
5.1.1 ¿La restricción interpuesta por Cineplex va acorde al derecho a la libertad de empresa consignado en la Constitución?.....	9
5.1.2 ¿Qué es el derecho a la libre elección de los consumidores? ¿Cineplex cumplió con respetar el mismo?.....	15
5.2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la restricción interpuesta por Cineplex?.....	21
5.2.1 ¿La restricción califica como una cláusula abusiva?.....	25
5.2.2 ¿La restricción califica como una práctica abusiva?.....	33
5.3. Test de proporcionalidad entre el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la libre elección del consumidor.....	38
<u>Problema Secundario:</u> ¿La sanción establecida por la Sala es adecuada para el caso concreto?.....	45
6. Conclusiones.....	47

7. Recomendaciones.....50

8. Bibliografía.....52



1. INTRODUCCIÓN:

Un estudio realizado por Ipsos en el año 2017 reveló que el 40% de la población peruana tiene como pasatiempo favorito ir al cine (Ipsos, 2019) y, en consecuencia, miles de consumidores recurren a él para disfrutar de la proyección de una película de su interés mientras consumen algún alimento o bebida de su preferencia adquirido en la confitería del cine al que han recurrido.

La regla era clara, no podías ingresar a las salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento comercial; no obstante, en febrero del 2017 la Asociación Peruana de Consumidores, en adelante Aspec, denunció a Cineplex S.A., en adelante Cineplex, ante la Comisión de Protección al Consumidor- Sede Lima Sur N°2, por presunta infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor, bajo los argumentos de que atentaban contra el derecho de los consumidores al venderle productos en su confitería que no eran saludables, que superaban cinco veces su valor real, obligarlos a adquirirlos en su establecimiento y sin explicar el porqué de esta restricción plasmada en carteles dentro de sus locales.

Ahora bien, mediante Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, en adelante la Sala, concluye que la restricción de ingresar a las salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento de Cineplex constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita el derecho de elección del consumidor.

En ese sentido, el objetivo del presente informe es, por un lado, determinar si la Sala hizo una correcta ponderación entre el derecho a elegir de los consumidores y el derecho a la libertad de empresa de Cineplex; por el otro, analizar cuál es la naturaleza jurídica de la restricción plasmada en los carteles de los establecimientos de Cineplex relativa a la prohibición de adquirir alimentos fuera de su establecimiento

Para lograr los objetivos descritos en el párrafo precedente, usaremos como métodos el análisis síntesis y el análisis económico del derecho, el cual incluye un estudio tanto de la normativa, como de la doctrina nacional y extranjera. En concordancia con ello, empezaremos el presente informe haciendo una breve descripción de los hechos más relevantes del caso; posteriormente a ello, analizaremos los problemas jurídicos encontrados en el mismo; para, finalmente, presentar las conclusiones alcanzadas a raíz de esta investigación.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN:

Elegimos la Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI a causa de la problemática y contradicción de las decisiones de la Sala presente en el mismo. Por un lado, la Sala afirma que no debe intervenir en la regulación de los precios de los productos que se venden en la confitería de las salas de cine, ya que ello atentaría contra la libre contratación, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa (Indecopi, Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI, fundamento 22). No obstante, es sorprendente como la Sala aun habiendo explicado con anterioridad en el punto relativo a la regulación de precios que la intervención del Estado en el mercado solo se realiza de manera excepcional y subsidiaria, cambia su criterio para realizar el análisis de si la prohibición de ingresar a las salas de cine con alimentos y/o bebidas fuera del establecimiento constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta y termina por concluir que sí es necesaria la regulación e intervención estatal en ello, pues se vulnera el derecho del consumidor de elegir libremente productos y servicios idóneos y de calidad (Indecopi, Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI, fundamento 77)

Es ante lo expuesto en el párrafo precedente que, elegimos la presente Resolución, ya que consideramos que las decisiones proteccionistas del Indecopi a pesar de ser polémicas son relevantes; ello pues, genera un gran impacto no solo en los proveedores y sus negocios, sino que también en los consumidores y en el mercado en general.

3. HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA:

3.1 Denuncia de Aspec ante la Comisión de Protección al Consumidor-Sede Lima Sur:

- El 07 de febrero del 2017, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (en adelante, Aspec) denunció a Cineplex por presunta infracción del Código de Protección y Defensa del Consumidor, ante la Comisión de Protección al Consumidor- Sede Lima Sur (en adelante la Comisión), aduciendo lo siguiente:
 1. Los productos alimenticios que vende Cineplex en su establecimiento superan hasta cinco veces su precio real.
 2. Cineplex obliga a los consumidores que quieren entrar a sus salas de cine que los productos que desean ingerir sean comprados en sus locales comerciales, restringiendo así la opción de que los consumidores puedan elegir un producto de idéntica o mejor calidad a un precio menor.

3. Cineplex no ha explicado ni justificado la presencia de los carteles mediante los cuales se prohíbe el ingreso de productos alimenticios comprados fuera de su establecimiento.
4. Cineplex no ofrece a sus clientes alimentos saludables en sus establecimientos.
 - El 23 de marzo del 2017, mediante Resolución 1, se admite a trámite la denuncia.

3.2 Resolución N°850-2017/CC2:

La Comisión, mediante Resolución de Primera Instancia N°850-2017/CC2, de fecha 26 de mayo del 2017, declaró infundada la denuncia bajo los siguientes argumentos:

1. No ha quedado acreditada la infracción de los artículos 47° inciso b), 48° inciso c); y, 57° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto a que los productos que vende Cineplex presentan precios elevados. Ello pues, la Comisión considera que no es competencia de la administración pública regular los precios en el mercado.
2. No ha quedado acreditada la infracción de los artículos 49°.1, 50° inciso e); y 58°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, relativa a que Cineplex habría negado a sus consumidores el ingreso a sus salas con alimentos adquiridos fuera de su establecimiento. Ello pues, la Comisión considera que, dicha medida se encontraba justificada, ya que la empresa actuó dentro de su libertad y auto organización empresarial y no resultaba lesiva para la moral, salud o seguridad pública.
3. No ha quedado acreditada la infracción a los artículos 18°,19° y 40° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto a que Cineplex no ha explicado y/o justificado la presencia del cartel mediante el cual se prohíbe el ingreso a las salas de cine con alimentos adquiridos fuera de su local comercial. Ello pues, la Comisión considera que, no es obligación legal de Cineplex sustentar dicha restricción.
4. No ha quedado acreditada la infracción a los artículos 1.1° inciso f), 18° y 19° del Código de Protección y Defensa Consumidor, relativa a que Cineplex no ofrecería a sus consumidores productos saludables en sus establecimientos. Respecto a ello, la Comisión considera que, el que Cineplex ponga solo determinados tipos de alimentos a disposición de sus clientes no constituye una vulneración a lo establecido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

3.3 Apelación de Aspec a la Resolución N°850-2017/CC2:

Con fecha 27 de junio del 2017, Aspec apeló la Resolución N°850-2017/CC2 manifestando que:

1. Constituye una cláusula abusiva el tener que pagar cinco veces más el precio del producto.
2. Resulta un método comercial coercitivo el no permitir que los consumidores puedan ingresar a las salas de cine con productos de iguales o mejores características a un precio más cómodo, y, en consecuencia, se estaría atentando contra el derecho a la libre elección de los consumidores.
3. Un modelo de negocio no puede preponderar frente al derecho de los consumidores.

3.4 Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI:

- El 02 de febrero del 2018, la Sala mediante Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI resolvió lo siguiente:
 1. Confirmó la Resolución 850-2017/CC2, en cuanto declaró infundada la denuncia por supuesta infracción de los artículos 47° inciso b), 48° inciso c); y, 57° del Código de Protección al Consumidor, ya que considera que, Cineplex puede vender sus productos al precio que estime conveniente; ello pues, la administración pública no puede regular precios.
 2. Declaró la nulidad parcial de la Resolución 1 y la Resolución 850-2017/CC2 en cuanto la restricción de Cineplex a sus consumidores relativa a ingresar con alimentos adquiridos fuera de su establecimiento se encuentra tipificada como infracción a los artículos 49°.1 y 50° inciso e) y, en consecuencia, no constituye una infracción al artículo 58°.1 del Código de Protección al Consumidor y ordenó el archivo definitivo en ese extremo.
 3. Declaró nulidad parcial de la Resolución 1 y la Resolución 850-2017/CC2, y en consecuencia, el archivo de la denuncia en dicho extremo, en cuanto considera que la presunta falta de Cineplex de no haber explicado y argumentado la presencia de los carteles mediante los cuales prohíbe el ingreso a las salas de cine con productos alimenticios adquiridos fuera de sus locales comerciales, ya ha sido examinada dentro de la imputación relativa a la restricción de entrar con alimentos obtenidos fuera de las instalaciones de Cineplex.
 4. Confirmó la Resolución 850-2017/CC2, en cuanto considera que no hubo vulneración de los artículos 1.1° inciso f), 18° y 19° del Código de Protección al Consumidor, ello pues cree que el que no se ponga a disposición de los consumidores determinados tipos de alimentos no va contra lo establecido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

- Como medida correctiva la Sala ordenó que Cineplex retire de sus salas de cine cualquier tipo de aviso en el cual que se les prohíba a los consumidores el ingreso con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera de su establecimiento, en un plazo máximo de diez (10) días hábiles computados desde el día siguiente de la notificación de la Resolución de Segunda Instancia; así como la inaplicación de cualquier clausula limitativa como la del caso en concreto.
- La Sala indicó que a fin de salvaguardar la infraestructura, higiene y seguridad de los establecimientos de Cineplex, solo se les permitirá a los usuarios ingresar a las salas de cine con productos iguales y/o de similares características a los que Cineplex ofrece en sus locales comerciales y en concordancia con los usos y costumbres en el mercado.
- La Sala ordenó que Cineplex debe acreditar ante la Comisión que está cumpliendo la medida correctiva en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles
- La Sala sancionó a Cineplex con una amonestación por la inclusión de una Cláusula Abusiva, ordenó la inscripción de este en el Registro de Infracciones y Sanciones de Indecopi y estipuló que debe pagar las costas y costos.
- El 19 de febrero del 2018, la Resolución de Segunda Instancia fue notificada a Cineplex.

3.5 Voto en Discordia (Vocal Ana Martinelli Montoya):

La vocal Martinelli se pronuncia sobre los siguientes aspectos:

1. Respecto a la tipificación que debería tener la restricción de Cineplex relativa a no ingresar con bebidas y alimentos adquiridos fuera de su establecimiento:
 - La vocal considera que la restricción estipulada en los carteles de Cineplex debe ser analizada únicamente como infracción al artículo 57° relativo a prácticas abusivas.
 - No obstante, a pesar de haber afirmado la vocal que correspondería analizar si la restricción impuesta en los carteles constituye una práctica abusiva, finalmente concluye que, debería declararse infundada la demanda en dicho extremo, ya que la restricción de Cineplex se encuentra justificada y amparada por los derechos de libertad de empresa y libre iniciativa privada de Cineplex.
2. Respecto a que Cineplex no sustentó ni explicó la restricción:

La vocal considera que, si bien Cineplex cumple con informar, de manera previa a la decisión de consumo, respecto a la restricción impuesta en su

establecimiento mediante carteles y su página web; y, sumado a ello, no se establece en el Código de Protección y Defensa del consumidor obligación alguna respecto a que esta debe ser justificada y sustentada de manera detallada.

3.6 Solicitud de Aclaración:

- Con fecha 26 de febrero del 2018, Cineplex presentó un escrito de Aclaración de la Resolución de Segunda Instancia, con el objetivo de que la Sala pueda esclarecer a que se refería el término “productos iguales y/o de similares características” en la medida correctiva impuesta.
- Con fecha 28 de febrero del 2018, Cineplex amplió su pedido de Aclaración, y solicitó se declare de oficio que sus Salas Prime están excluidas de la Medida Correctiva impuesta al ser un servicio diferente y distinguible al brindado regularmente.
- Con fecha 28 de febrero del 2018, Cineplex presentó otro escrito en el que solicitaba la ampliación del plazo de cumplimiento de la medida correctiva ordenada por un periodo de treinta (30) días hábiles. El día 02 de marzo del 2018, la Sala suspendió los efectos de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI desde el 26 de febrero del 2018 hasta que Cineplex fuera notificado con la Resolución de Sala sobre su pedido de aclaración.
- Respecto al pedido de Aclaración y la ampliación de plazo para el cumplimiento de la medida correctiva solicitada por Cineplex mediante Resolución Final N°0219-2018 la Sala señaló lo siguiente:
 1. El pedido de Aclaración es extemporáneo, por lo tanto, improcedente; no obstante, se pronuncia de oficio.
 2. El termino productos iguales y/o de similares características aludido en la medida correctiva hace referencia a productos que estén dentro de la oferta de Cineplex y que guarden semejanza con los mismos, atendiendo a principios de razonabilidad y proporcionalidad.
 3. El tipo de servicio y formato de negocio que se brinda en las salas Prime es distinto al servicio brindado en las salas de cine regular analizada en el procedimiento seguido a Cineplex; por lo tanto, la Sala aclara de oficio que la medida correctiva dictada a Cineplex no alcanza al servicio Prime.
 4. Finalmente, respecto a la ampliación de plazo para cumplir la medida correctiva solicitada por Indecopi, la Sala considera que, las resoluciones expedidas por las Salas agotan la vía administrativa y por lo tanto solo pueden ser discutidas por

vía judicial. En consecuencia, levanta la suspensión del cómputo de plazo para el cumplimiento de la medida correctiva.

4. PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS EN LA RESOLUCIÓN N°0219-2018/SPC-INDECOPI:

- Problemas jurídicos principales:

1. ¿La restricción interpuesta por Cineplex vulnera el derecho a la libre elección de los consumidores?

1.1 ¿La restricción interpuesta por Cineplex va acorde al derecho a la libertad de empresa consignado en la Constitución?

1.2 ¿Qué es el derecho a la libre elección de los consumidores? ¿Cineplex cumplió con respetar el mismo?

2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la restricción interpuesta por Cineplex?

2.1 ¿La restricción califica como una cláusula abusiva?

2.2 ¿La restricción califica como una práctica abusiva?

3. Test de proporcionalidad entre el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la libre elección del consumidor.

- Problema jurídico secundario:

¿La sanción establecida por la Sala es adecuada para el caso concreto?

5. ANÁLISIS Y POSICIÓN SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS EN LA RESOLUCIÓN N°0219-2018/SPC-INDECOPI:

- **PROBLEMAS JURÍDICOS PRINCIPALES:**

5.1 ¿La restricción interpuesta por Cineplex vulnera el derecho a la libre elección de los consumidores?

Para empezar a analizar si la restricción interpuesta por Cineplex vulnera el Derecho a la libre elección de los consumidores, consideramos imprescindible establecer un marco previo en el que se esclarezca las implicancias del régimen económico consignado en nuestra Constitución.

En el Perú, el régimen adoptado es el de economía social de mercado, el cual se encuentra regulado en el artículo 58° de la Constitución política del Perú. Es así

como, bajo este régimen el Estado actúa como un mero orientador que promueve la iniciativa privada e interviene en aras de promover la salud, educación, servicios públicos, entre otros.

Es en concordancia con lo expuesto anteriormente que se colige que, en el modelo de economía social de mercado se combina la necesidad de la libertad económica con la justicia social, o a lo que nuestro parecer debería denominarse “progreso social”, en el que el Estado interviene cuando haya pérdidas de intereses sociales reconocidos; es decir, interviene para que haya esta colaboración de mercado y Estado para generar igualdad de oportunidades.

En esta línea, nuestra doctrina nacional hace alusión a ello, es así como, Paz (2019) señala que:

“La Economía Social de Mercado es un régimen económico que combina la necesidad de libertad económica, con la justicia social. Este sistema reconoce que un mercado altamente eficiente, que satisface todas las necesidades de una sociedad no es suficiente. Le atribuye al Estado el derecho y la obligación de intervenir cuando se produzca una pérdida de intereses sociales legítimos reconocidos, pero solo de manera subsidiaria”

En concordancia con lo expuesto por Paz, el fundamento 13 la Sentencia del expediente N°0008-2013/AI-2013, sostiene que, los elementos de la economía social de mercado son los siguientes: (i) libre mercado, (ii) bienestar social (iii) Estado subsidiario y solidario. Ante lo cual se colige que, el régimen económico de economía social de mercado lo que se busca es que, confluayan dos elementos en el mercado; por un lado, los individuos que buscan generar riqueza y; por el otro, aquellos individuos que no tienen tantas posibilidades, pero sí necesidades. Y, es en concordancia con ello que, a los que generan riquezas el Estado les crea “impuestos” y lo emplea en cubrir necesidades de la población tales como salud, educación, entre otros (Resico, 2010).

Luego, es importante recalcar que, si bien el Estado tiene la potestad de intervenir con el objetivo de generar bienestar social, y hacer que medie “solidaridad” por

parte de los privados mediante los tributos (por ejemplo) a fin de que las desigualdades sean corregidas, ello no implica que tenga como regla general el intervenir en el mercado de manera arbitraria y/o cuando lo desee. El artículo 60° de la Constitución Política del Perú establece que, el Estado tiene un rol subsidiario en el mercado, concepto que en nuestra opinión tiene dos variantes: (i) que el Estado solo puede realizar actividad empresarial por necesidad pública y autorizado por ley (ii) que tiene que hacer uso de su rol de regulador solo de manera subsidiaria, es decir solo cuando es necesario.

Ahora bien, teniendo claro las características e implicancias del régimen económico establecido en nuestra Constitución procederemos a analizar si la restricción de ingresar con bebidas y alimentos a los establecimientos de Cineplex va acorde al derecho a la libertad de empresa y/o afecta el derecho a la libertad de elección del consumidor.

5.1.1 ¿La restricción interpuesta por Cineplex va acorde al derecho a la libertad de empresa consignado en la Constitución?

En el artículo 58° de la Constitución Política del Perú, no solo se reconoce como régimen el de economía social de mercado, sino que también se identifica al Estado como promotor de la iniciativa privada. Dicho artículo va en concordancia, por un lado, con el artículo 59° del mismo, en el cual se establece que, “el Estado estimula la riqueza, la libertad de empresa, de trabajo, comercio e industria y vela porque en el ejercicio de estos derechos no se vulneren la moral, la salud ni la seguridad pública” y, por el otro, con lo establecido en el numeral 17 artículo 2° de la Constitución Política del Perú, según el cual toda persona tiene derecho a participar en la vida económica de la nación, y, por consiguiente, es reconocido como un derecho fundamental.

Ahora bien, lo aludido en los párrafos precedentes se encuentra sostenido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es así como en los fundamentos 17 y 18 de la Sentencia del Expediente N°0008-2013/AI-2013 se establece que:

“Toda persona, ya sea natural o jurídica tiene el derecho de emprender con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia a fin de obtener un

beneficio, en tanto no colisione con los intereses de la comunidad que se encuentren protegidos en el ordenamiento jurídico”.

Dicha idea es reafirmada por Paniagua (2017), ello pues este autor afirma que los límites o medidas que afecten la libertad de empresa deben respetar los principios constitucionales establecidos.

En la Constitución colombiana, se ha hecho alusión al concepto de “libertad económica”, es así como en el artículo 333° se recoge la misma de la siguiente manera:

“Artículo 333 - La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, son autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

En efecto, el Estado colombiano, difiere del peruano en cuanto a que en la legislación colombiana se habla de libertad económica y no manera expresa de libertad de empresa; no obstante, se reconoce a la libertad de empresa como parte de la libertad económica de una interpretación extensiva del artículo 333° de su Constitución, en diversas sentencias de la Corte Constitucional Colombiana como la Sentencia T – 425/92 y la Sentencia SU-157/99. En este último pronunciamiento se señala que “es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental”, y como consecuencia de ello, se reconoce como derecho fundamental a la libertad de empresa en dicho ordenamiento y se establece que, esta será libre siempre que se desarrolle dentro de los límites del bien común.

De lo aludido en el párrafo precedente, se colige que, la intervención estatal sí es viable para regular la libertad de empresa tanto en la legislación peruana como colombiana; no obstante, tal y como hemos mencionado anteriormente, acorde a lo establecido en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú, este debe ser de manera subsidiaria y solo se justifica de encontrarse derechos fundamentales

vulnerados. Respecto a ello, el autor colombiano Sabogal (2005) afirma que los límites que se le impongan a la libertad de empresa en ningún caso pueden llegar al extremo de anular el derecho, sino que por el contrario debe respetarse, en todo caso, el contenido mínimo del mismo. En tal sentido, Kresalja y Ochoa (2019) indican que “para que la libertad de empresa sea una realidad, se necesita una regulación promercado, destinada a generar riqueza y a servir al consumidor.” Es decir, una regulación estatal que supervise y garantice un correcto funcionamiento del mercado; pero que evite que el Estado tenga una intervención directa y distorsione el mismo.

Ahora bien, respecto al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, es posible afirmar que, en diversas sentencias del Tribunal Constitucional tales como: STC 03116-2009-PA/TC, 00032-2010-PI/TC y 01405-2010-PA/TC, se reconoce de manera expresa cuáles son las implicancias del mismo:

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

De lo expuesto anteriormente, es posible concluir que, el derecho a la libertad de empresa abarca no solo el concepto de este en sentido explícito, si no también otras garantías relativas al mismo. Los autores Kresalja y Ochoa (2019), recogiendo los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional reafirman que, estas cuatro garantías conforman el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa. No obstante lo anteriormente expuesto, el derecho a la libertad de empresa no es indeterminado, en la misma línea de lo establecido en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú, el fundamento 25 de la Sentencia del Expediente 0008- 2003-AI/TC consigna lo siguiente:

“Dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce”.

Es decir, el derecho a la libertad de empresa puede ser ejercido libremente siendo sus únicos límites los derivados de la seguridad, higiene, entre otros que reconozca la Constitución, no pudiendo el Estado ni los particulares vulnerarlo arbitrariamente.

Luego, en la misma línea que la Constitución peruana, la Constitución española, regula en su artículo 38° la libertad de empresa y la economía de mercado, es así que se establece en el mismo que:

*“Artículo 38 Libertad de empresa. Economía de mercado
Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.
Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.*

En concordancia con ello, Torres (2010) afirma que de un estudio de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional español es posible afirmar que en cuanto a garantía del contenido del derecho de libertad de empresa implica: (i) libertad a la actividad empresarial (autonomía de planificación y organización, libertad de contratación y derecho al beneficio) (ii) libertad de cesar en la actividad empresarial, (es decir, no ser obligado a continuar con el desarrollo de la misma). Dichas garantías están especialmente protegidas ya que la actividad empresarial constituye un aspecto relevante para la realización del ser humano en el ámbito económico, es por ello que se le permite al ser humano determinar cómo ganarse la vida y de qué modo, ante lo cual se hace intolerable pensar que el Estado puede realizar intromisiones en el mismo (Paz-Ares y Alfaro,2003). No obstante ello, a pesar de tener una economía parcialmente liberalizada y con reconocimiento de iniciativa económica, al ser una Economía social no se puede desnaturalizar el

mercado, hay intervención de los poderes públicos, pero el corazón del modelo descansa en la iniciativa privada, (Viera, 2010).

Es así que, teniendo como referencia las garantías que son parte esencial del contenido del derecho a la libertad de empresa, así como los límites del mismo, a continuación, procederemos a analizar si efectivamente, la restricción de Cineplex va acorde al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa consignado en nuestra Constitución.

La actividad empresarial, por definición, es aquella que busca un beneficio económico a través de la provisión o prestación de bienes y servicios con valor agregado, los cuales ofrece en el mercado (Cavero, 2018). En el fundamento 80 de la Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI la Sala afirma que la venta de alimentos en los establecimientos de Cineplex constituye solamente una actividad secundaria, ello pues la actividad principal es la proyección de películas cinematográficas. No obstante, no ha tomado en cuenta que la actividad principal es cualquier actividad económica cuyo valor agregado supere al que genere cualquier otra actividad que se ejecute en una misma unidad económica (INEI, 2013).

En efecto, para determinar cuál es la actividad principal de Cineplex, la Sala solo recurrió a revisar la ficha RUC, de la empresa; no obstante, no tomó en cuenta que en la realidad y acorde con la Memoria Anual de Cineplex 2016, y su estatuto, se observa que, los ingresos por dulcería representaban el 40% del total de este rubro. Dicho porcentaje coincide con el porcentaje que representa el ingreso total por ventas en confitería para los cinemas en Estados Unidos, según lo expuesto por Rigoglioso (2009), en un estudio realizado por Standford Graduated School of Business denominado “Why Does Movie Popcorn Cost So Much?; por consiguiente, no es posible clasificar el negocio de la dulcería presente en el mismo como una mera actividad secundaria, ello pues simboliza una gran fuente de ingresos y por lo tanto es plausible de ser considerada como principal.

Lo expuesto en el párrafo precedente es reafirmado por Olano y Segovia (2020) los cuales señalan que:

“(…) El Tribunal del Indecopi subestimó la actividad de venta de alimentos de los cines al interior de sus complejos, soslayando el hecho que esta línea de negocio de los cines actualmente es tan igual de importante que la venta de boletos en las taquillas. Asimismo, omitió sustentar las consecuencias de haberla calificado como “secundarias” o “complementarias”, pese a que la primera instancia sostuvo que el hecho de permitir el ingreso de alimentos adquiridos fuera del establecimiento afecta la propia actividad de los proveedores, en tanto estos también se dedican a vender alimentos”.

De manera contradictoria al caso peruano, en otros países, tal y como es el caso de Chile, (en el caso seguido por el señor Jaime Lagos Henríquez contra Hoyts Cinemas Chile S.A.), la prohibición de ingresar a las salas de cine con alimentos adquiridos del exterior va acorde al derecho a la libertad de las empresas cinematográficas; pues consideran que la restricción es legítima al ser congruente con el derecho a la libertad de empresa. Así, de acuerdo con lo indicado en el dictamen emitido por la Comisión Preventiva Central de Chile, en la investigación sobre prácticas restrictivas de la libre competencia por parte de Cinemark y Cine Hoyts se establece que:

“(…) El negocio de las multisalas de cine no es sólo exhibir películas, sino también vender alimentos para que sean consumidos durante la exhibición de éstas. Esta opinión se afirma en que la inversión inicial hecha por las empresas investigadas incluye la habilitación de un espacio dentro de la multisala para la venta de alimentos, el diseño de las butacas del cine para su consumo y la obtención de las patentes de giro y autorizaciones sanitarias requeridas para vender los productos alimenticios, además de la contratación con distintos productores de alimentos para que los vendan con su marca dentro de las multisalas. De esta manera, la venta de alimentos constituye una fuente de ingresos relevante, que complementa los ingresos obtenidos con la exhibición de películas. Parece lógico, también, que el monto de la inversión en infraestructura para poner en funcionamiento las salas de cine con todas sus dependencias se vea reflejado tanto en el precio de las entradas como en el precio de los alimentos”.

Y es que, tal y como afirma la vocal Ana Martinelli por principio de la realidad, uno al concurrir al cine y ver las butacas puede apreciar que en las mismas hay espacios destinados para colocar tus alimentos y/o bebidas, ante lo cual se evidencia que el negocio está diseñado para la venta de los mismos.

Es ante lo anteriormente expuesto, y con cargo a un mayor análisis en los puntos posteriores que, podemos concluir que, la restricción interpuesta en los carteles de Cineplex relativa a no ingresar con alimentos y bebidas adquiridas fuera de sus locales comerciales sería lícita toda vez que avalado en su libertad de empresa y autoorganización empresarial delimita cómo establecer su negocio y cuál es la forma adecuada de velar por el cumplimiento de sus objetivos, el cual en efecto, es obtener mejores ganancias; dicho objetivo lo logra poniendo una restricción que es válida ya que la venta de bebidas y alimentos califica como actividad principal al ser su mayor fuente de ingresos y no va contra de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente tales como la seguridad, salud, entre otros.

5.1.2 ¿Qué es el Derecho a la libre elección de los consumidores? ¿Cineplex cumplió con respetar el mismo?

En la Constitución Política del Perú de 1993 se establece como régimen el de economía social de mercado en el que se promueve la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libre competencia; y es dentro de este contexto que recoge un artículo especial para velar por el derecho de los consumidores. Es así que, en el artículo 65° de la Constitución se establece que:

“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

De una interpretación inicial del artículo 65° podría afirmarse que, los únicos derechos del consumidor que son tutelados por el Estado son el de información, salud y seguridad social. No obstante, tal y como afirma Durand (2015), el artículo 65° de la Constitución no debe interpretarse de manera literal, si no de manera conjunta con el artículo primero de la Constitución relativo a la defensa y protección

de la persona. En ese sentido el ámbito de protección que el Estado garantiza al consumidor se torna más amplio y debe velar también por derechos como el de idoneidad, de acceso al mercado, protección de intereses económicos, entre otros, también reconocidos también constitucionalmente.

Es en concordancia con ello que, en la Sentencia del Expediente N°008-2003-AI/TC, se manifiesta respecto a lo estipulado en el artículo 65° de la Constitución y se concluye que el Estado tiene por funciones:

- (i) Orientar y fundamentar la actividad económica.
- (ii) Actuar cuando se mermen los derechos o intereses de los consumidores.

Es decir, tal y como hemos mencionado de manera precedente, el Estado es orientador de las actividades económicas presentes en el mercado y tiene la facultad de intervenir cuando los derechos de los consumidores se vean vulnerados. En esa misma línea, Cavero (2017) señala que, el Estado interviene, sobre todo en las relaciones de consumo, porque parte de la premisa, de que en dichas relaciones existe asimetría informativa. No obstante, dicha asimetría informativa es una condición natural del mercado y hasta deseable, ya que, si bien el proveedor posee más información sobre los bienes y servicios ofertados, esta puede ser transmitida al potencial consumidor a fin de realizar una buena elección.

Y es precisamente al derecho a la elección del consumidor que se hace referencia en el artículo 1.1 inciso f) del Código de Protección y Defensa del consumidor y se establece de manera explícita lo siguiente:

f) El consumidor tiene derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta.

De lo expuesto en el artículo citado anteriormente se puede afirmar que lo que se pretende es hacer énfasis en la idea de que para que una elección sea óptima, debe no solo poder elegir de manera libre, sino también de manera informada.

En línea con lo mencionado anteriormente Véliz & Velásquez (2017) señalan lo siguiente:

(...) para poder elegir determinado bien y servicio, el consumidor debe contar con toda la información relevante respecto a aspectos positivos y negativos de los mismos para tomar una decisión de consumo. Dicha información se debe transmitir de modo claro, veras y oportuno, a fin de superar no solo la asimetría entre las partes (pág. 302).

La necesidad de una adecuada información sobre los bienes y servicios previo a la elección es recogida no solo por la normativa y doctrina peruana, sino también por la legislación colombiana, la cual, en el numerales 1.3 y 1.7 del artículo 3 del Estatuto del Consumidor reconoce de manera expresa el derecho a elegir libremente los bienes y servicios que requieran los consumidores a través de información completa, veraz, oportuna, verificable de los mismos. Respecto a ello, la autora colombiana Carolina Vivas (2020) señala que, teniendo como referencia lo establecido en la ley, “para poder hacer elecciones libres lo primero que se debe garantiza a los consumidores es información cierta y verificable sobre los bienes y servicios; si la información es falsa o confusa, en consecuencia, estará viciada y la elección también lo estará”.

En el Perú, el desarrollo del derecho a elegir al consumidor ha sido desarrollado por el doctor Durand (2007) y respecto al mismo sostiene que, el derecho a elegir del consumidor implica no solo el deber de que este sea debidamente informado por el proveedor, si no “que este pueda acceder a una gran variedad de productos y servicios y para ello es necesario que cuente con varias alternativas de compra”. Lo expuesto por el doctor Durand es reafirmado por el Indecopi en los Lineamientos de Protección al Consumidor 2019 y que es recogida de la regulación estadounidense desde el discurso de su expresidente John Kennedy en 1962, según el cual “debe asegurarse acceso a una variedad de productos y servicios a precios competitivos”. Dicha idea fue recogida, años después por la comunidad europea, es así que en su directriz número 19 relativa a “Promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores señala que: “Los gobiernos deben alentar la competencia leal y efectiva a fin de brindar a los consumidores la posibilidad de elegir productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios más bajos” (Fuentes y Sánchez, 2017).

En nuestro país, así como en diversos países sudamericanos, no está aludido de manera expresa que el derecho a elegir implica también el poder acceder a una gran

variedad de bienes y servicios, y los tratados europeos no son vinculantes al mismo; no obstante, países como Paraguay, han hecho referencia al mismo mediante diversas Resoluciones de la Secretaría de Defensa del Consumidor y el Usuario (SEDECO), la cual es la entidad símil al Indecopi en nuestro país. Es así que, respecto al derecho a elegir del consumidor, dicha entidad ha señalado lo siguiente:

“El consumidor tiene derecho a la libre elección del bien que va a adquirir o del servicio que va a contratar. Esto es el derecho a contar con una variedad de bienes y servicios en el mercado a precios competitivos, ya que, si no existiese tal variedad, se tendría un solo bien o servicio que adquirir y el consumidor no tendría opciones para elegir lo que más le conviene”

Y es que tal y como afirma Morales (2010), el juez no es solo un interpretador de normas, sino que también recrea la norma interpretándola en cada caso particular, y es en ese sentido que, diversos ordenamientos en su jurisprudencia han reconocido la posibilidad de elegir productos y servicios variados como parte del derecho a elección del consumidor a pesar de no estar regulado de manera expresa en su legislación.

Por consiguiente, de lo expuesto anteriormente se puede concluir que, para que el consumidor haga un goce pleno de su derecho a elegir, debe no solo tener la potestad de determinar el bien o servicio a contratar entre una amplia gama de opciones, sino que también se le debe haberle brindado información a tiempo y de manera adecuada.

En el caso materia de análisis la Sala afirma que el consumidor con la restricción de Cineplex ve menoscabado su derecho a elegir, y en consecuencia es una cláusula abusiva de ineficacia absoluta. En el siguiente punto evaluaremos si efectivamente es una cláusula abusiva; no obstante, a continuación, procederemos a analizar si el derecho a realizar una elección libre se vio vulnerado en el caso concreto.

Primero, respecto al derecho que tienen los consumidores de acceder a una amplia gama de bienes y servicios en el mercado. No es posible afirmar que ello se vio vulnerado en el caso concreto, ello pues, tal y como afirma Manuel de la Puente (2002):

“(…) Del concepto de la libertad podemos extraer el concepto de autonomía privada, poseedor de un doble cariz. Por un lado, la libertad de contratar, “facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contratar y, por el otro, la libertad contractual, facultad de “determinar el contenido del contrato, o sea el modelado del mismo”.

Aplicando lo anteriormente expuesto al caso concreto, podemos afirmar que el derecho al consumidor no se ve menoscabado en el caso concreto, ello pues, por un lado, tiene una amplia gama de opciones al acceder al mercado de los cines no solo la cadena de cines de Cineplex; y, por el otro, incluso al haber decidido elegir tomar los servicios de Cineplex tiene como opciones (a) elegir si ir a los establecimientos y consumir los productos que Cineplex le brinda en la confitería (b) elegir ir al establecimiento de Cineplex y no consumir los productos que este le ofrece (c) optar por no ir al establecimiento de Cineplex al creer que la oferta no es idónea frente a sus necesidades.

Luego, con el fin de contrastar la asimetría informativa presente en las relaciones de consumo, en el inciso b) del artículo 1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, se establece de manera expresa que, uno de los derechos de los consumidores es “acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”. De igual forma, el artículo 2.1 del Código aludido de manera precedente señala que: “El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”.

Es así que de lo anteriormente expuesto se puede deducir que, el derecho de información gira en torno a obtener información relevante y que sea imprescindible para que se tome una decisión de consumo, ello en virtud del artículo 65° de la Constitución y el Código de Protección y Defensa del consumidor.

No obstante, es preciso recalcar que dicha información relevante debe darse “antes de”, ser suficiente (completa) y veraz (que no induzca a error, es decir que no sea

información falsa o parcialmente verdadera), para que pueda decidir el consumidor si adquirir el bien y/o servicio.

En el caso materia de análisis, es posible afirmar que, Cineplex cumplió con su deber de información, ello pues brindo información suficiente veraz y que no es plausible de inducir a error a los consumidores; ya que, en los letreros dentro de su establecimiento e incluso en su página web se hacía mención que, de optar por acudir a los establecimientos de los mismos, no debías ingresar con alimentos traídos del exterior. El consumidor toma conocimiento de dicha restricción “antes de” y realiza su elección racional, ello pues tal y como afirma Gutiérrez (2005) el hombre maximiza sus beneficios y toma una decisión a partir del análisis de ventajas, incentivos y beneficios los cuales son ponderados sobre las desventajas y costos que le representa su decisión.

Hacemos referencia al consumidor que hace una elección razonable, porque creemos que este debe ser el tipo de consumidor que proteja el ordenamiento jurídico y en especial el que debe ser objeto de protección en el Código de Protección y Defensa del consumidor. Ello pues, se le exige al proveedor ser diligente, pero también debería ser un deber del consumidor ser razonable, en tal sentido Bullard (2017) indica que, no es posible afirmar que el consumidor no busque maximizar sus beneficios, el asumir que el consumidor puede ser protegido, en cualquier caso, sin importar su nivel de diligencia, es asumir que tendrán una suerte de seguro contra su propia irresponsabilidad y ello elevaría los costos de los proveedores.

En el Perú, no se tiene de manera expresa regulado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor que, los consumidores que deben ser protegidos sean los consumidores razonables, no obstante, de los artículos 29 inciso e) y 104° se puede deducir ello:

“Artículo 29.- Criterios aplicables a la información y advertencia sobre el riesgo y la peligrosidad

*e. Debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor que actúa con la **diligencia ordinaria** según las circunstancias del caso. Debe, por*

tanto, descartarse el uso de lenguaje excesivamente técnico o científico, utilizándose, por el contrario, término (el énfasis es nuestro)

“Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor

*El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante de un tercero o de **la imprudencia del propio consumidor afectado.**” (el énfasis es nuestro)*

Es ante lo expuesto anteriormente que, es posible afirmar que, Cineplex a pesar de interponer una restricción en el pleno ejercicio de su derecho a la libertad de empresa y autoorganización empresarial, cumplió con respetar el derecho a la elección del consumidor en el caso concreto. Ello pues, por un lado, efectivamente le ofrece opciones diferentes para disfrutar del servicio en su establecimiento, ante lo cual el consumidor elige qué servicio contratar y de que forma disfrutar de dichos servicios, o, finalmente, no contratar el servicio; por el otro, porque el deber de información no se ve vulnerado al ser las condiciones de contratación informadas de forma clara y oportuna al consumidor que hace una elección razonable ponderando su nivel de sacrificio con el de satisfacción.

5.2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la restricción interpuesta por Cineplex?

El dinamismo del mercado, así como la evolución tecnológica y social ha traído consigo nuevas formas de contratación tal y como es el de la contratación en masa, es así que tal y como afirma Rodríguez (2011):

“(…) frente a la producción en serie o en masa de bienes y servicios, corresponde la presencia de un instrumento capaz de canalizar en forma adecuada, con rapidez y eficiencia, la adquisición de dichos bienes y servicios; y la mejor forma de lograr tal objetivo ha sido mediante la contratación masiva”.

Y es que, en efecto, la contratación en masa no es otra cosa que la realidad empujando al Derecho (Bullard, 2019); ello pues si nos detenemos a analizar el

dinamismo del mercado, no resulta lógico que una empresa con miles de usuarios se sienta a negociar con cada uno de sus plausibles clientes, ya que ello no haría más que elevar los costos de transacción.

La contratación en masa es parte de la evolución del hombre, con ella se ahorra tiempo, costo y energía, sobre todo en servicios de alta rotación, en los cuales existe la necesidad de negociar a gran escala. Y es ante la necesidad de realizar un gran número de transacciones en simultaneo que, la figura del contrato tradicional y paritario se tornaba carente de rapidez; así que una opción eficiente fue emplear los contratos por adhesión, en el que si bien una de las partes pone a su contraparte en la opción de aceptar o rechazar íntegramente la oferta sin discusión, dicha oferta dada por una de las partes permite que se celebren un sinnúmero de contratos con ofertas iguales, lo cual permite lograr la celeridad esperada sobre todo en las relaciones de consumo (De la Puente, 2002).

En la misma línea del doctor De la Puente, la autora colombiana Nizo (2019) define los contratos por adhesión como aquellos que, surgen como consecuencia de las nuevas tecnologías y modernidad que trajo la Revolución industrial, en los cuales, sin necesidad de suprimir la voluntad o consentimiento del adherente, se les garantiza a los empresarios una mayor rapidez a la hora de la celebración de grandes cantidades de contratos.

Y es que dada la relevancia de los contratos por adhesión, no solo ha sido aludido en la doctrina colombiana, sino también en la legislación de dicho país y si bien ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen el concepto de contrato de adhesión; es posible encontrar una definición del mismo en el Estatuto del Consumidor, Ley N°1480, como "aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor de manera estandarizada a los consumidores, de manera que dichos consumidores no pueden modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarla, es decir, tiene por características principales ser uniformes, predispuestas y rígidas" (Posada,2015). En línea con lo mencionado en el Estatuto del Consumidor de Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio colombiana, entidad encargada de velar por el cumplimiento de las normas de protección al consumidor en Colombia, la cual mediante diversa jurisprudencia como en la Radicación: 17- 30407 – 1, sostiene que:

“En los contratos por adhesión la parte que aprueba el texto de las cláusulas redactadas por la otra no interviene en la discusión del contenido contractual y el vínculo jurídico se establece por el simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente”.

De forma similar a la legislación colombiana, la legislación española ha definido los contratos por adhesión en su Ley 7/1998, Ley de Condiciones generales de contratación, como aquellos que presentan como características principales la contractualidad, predisposición, imposición y generalidad (Ariño y Faus, 2015), características que son confirmadas en diversas sentencias del Tribunal Supremo español, tales como STS 241-2013 Pleno de 9 de mayo de 2013 y la STS Pleno de 22 de abril de 2015.

En el caso peruano, la figura de contrato por adhesión está prevista tanto en el Código Civil como en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Es así que en el artículo 1390° de nuestro Código Civil se regula el mismo acorde a lo siguiente:

“Art 1390° Contrato por adhesión:

El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

Ahora bien, si bien en nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor, no hay una definición expresa del concepto de contrato por adhesión se hace referencia en el artículo 48° del mismo a los requisitos que deben poseer los contratos por adhesión, tales como la buena fe, accesibilidad y legibilidad, claridad, entre otros, los cuales son recogidos de los principios generales que rigen los contratos del Código Civil peruano.

Tal y como se puede concluir de lo establecido en los párrafos precedentes, la definición de contrato de adhesión presente en el Código Civil peruano es similar a la del Estatuto de Consumidor de Colombia, Ley N°1480 y al de la Ley 7/1998, Ley de Condiciones generales de contratación española, es decir se define el contrato por adhesión como aquel tipo de contrato en el que una de las partes coloca a su

contraparte en la alternativa de declarar su voluntad de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por esta.

Y es que es indudable la relevancia de los contratos por adhesión, sobre todo en las relaciones de consumo, ello pues no solo tiene un trasfondo jurídico, sino también económico, tal y como afirma Posada (2015), por un lado, hace más rápido el tráfico de bienes y servicios, permite el ahorro de tiempo, implementación; y, por el otro, ayuda en el manejo y ahorro de costos de los proveedores, es así que es posible afirmar que el costo marginal se reduce. Es en concordancia con ello que, no existe impedimento legal de celebrar contratos por adhesión. No obstante, si realizamos un examen minucioso de la concepción tradicional de contrato, podríamos afirmar que el concepto de contrato por adhesión estipulado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, colisiona con la visión tradicional de contrato en cuanto el contrato por adhesión regulado en el Código de Consumo se caracteriza por una situación de asimetría entre las partes, mientras que la concepción tradicional de contrato hace referencia a la voluntad y libertad de las partes de suscribir el mismo (Durand, 2012), y es en se sentido que, hay que tener especial cuidado con ellos, ya que en el desarrollo del contrato con adhesión pueden surgir figuras como las cláusulas abusivas.

Al respecto, la mejor forma que tiene el Estado de proteger a los consumidores es mediante el control y regulación que haga de estas cláusulas abusivas, tal como señala un autor en el caso colombiano Echeverry (2011). Es por ello que, si bien nadie discute la pertinencia y conveniencia de los contratos por adhesión, en las relaciones de consumo, ello no implica que el Estado no deba actuar como vigilante y el Código de Protección al consumidor cumple una tarea esencial en ello. Y es que, tal y como podemos concluir de lo referido en los párrafos precedentes, el contrato de adhesión a pesar de ser beneficioso, en el desarrollo del mismo es que directa o indirectamente, el proveedor en su afán de obtener mayores beneficios y/o rentabilidad pueden optar por incluir cláusulas abusivas en los contratos de consumo y/o realizar prácticas abusivas y ello se encuentra vetado de acuerdo a lo prescrito en el inciso b) del artículo 47 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

A primera impresión es posible pensar, que la contratación en masa está solo destinado a servicios financieros, seguros, servicios públicos; no obstante, tal y

como afirma Pérez (2012), también es posible encontrarlos en actos de consumo cotidianos, alojarse en un hotel, ir al supermercado e incluso acudir al cine; y en concordancia con ello, que, teniendo clara la dinámica del contrato de adhesión, procederemos a analizar a continuación si la restricción relativa a no poder ingresar con productos alimenticios adquiridos fuera del establecimiento de Cineplex, una empresa que diariamente tiene un tráfico masivo de sus bienes y servicio, puede ser calificada como una cláusula o práctica abusiva.

5.2.1 ¿La restricción estipulada por Cineplex califica como una cláusula abusiva?

En los contratos de adhesión, para aquel que actúa como adherente, la posibilidad de estipular la configuración interna del contrato es una quimera inalcanzable. Quien adhiere no puede ejercer a plenitud el derecho a su libertad contractual, ya que no interviene ni participa de modo alguno en la redacción del contenido del contrato (Herrera y Álvarez, 2015). Es decir, el adherente posee libertad de contratar, mas no libertad contractual; y es en ese contexto que, a consecuencia del “desequilibrio contractual” y/o de la asimetría informativa, que el proveedor puede optar por incluir cláusulas abusivas en los contratos de consumo. La asimetría informativa es una situación legítima deseable, y económicamente eficiente, ya que es el proveedor quien tiene mayor conocimiento sobre el bien y servicio y la legislación en materia de consumidor reconocen los contratos por adhesión, pero ello no implica que los proveedores redacten cláusulas vejatorias en perjuicio del consumidor (Iparraguirre, 2017).

Ahora bien, antes de comenzar con el análisis respecto a si la restricción estipulada por Cineplex a sus consumidores califica como una cláusula abusiva, es importante definir qué es lo que se denomina como tal en el ordenamiento nacional y extranjero.

Si buscamos el concepto de “abusar” en el Diccionario de la Real Academia Española, es posible afirmar que este hace referencia a “Hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien” (RAE,2021); es en ese sentido que, es posible afirmar que, la definición gramatical de abusar encaja perfectamente con lo que la regulación legal desea delimitar respecto al concepto de cláusula abusiva. Es así

que en el artículo 1398° del Código Civil peruano se regula a las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

"Artículo 1398.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato".

En nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor vigente (Ley N°29571) también es posible encontrar un numeral relativo a cláusulas abusivas, progreso que consideramos importante, ello pues cuando estaba vigente el D.L. N°716 (norma de rango de ley que se ocupaba de la protección de los consumidores antes de la Ley N°29571), no se hacía alusión de manera explícita a las cláusulas abusivas, siendo así que, la aproximación más clara que dio el Indecopi respecto a la definición de las mismas fue en la Resolución N°0078-2012/SC2-INDECOPI (Caso Baldo Kresalja Vs Foto Digital); el cual se declaró fundado básicamente por la falta de idoneidad, pero se hizo un desarrollo interesante de lo que podría considerarse como cláusula abusiva. Es así que en esta Resolución se afirma que estamos frente a cláusulas abusivas cuando: (i) haya falta de negociación sobre ella (ii) no haya alternativas diferentes para los consumidores, es decir, que no exista otro proveedor que ofrezca cláusulas diferentes (iii) que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes, en perjuicio del consumidor. Por consiguiente, al verse la relevancia de regular el concepto de cláusulas abusivas, en nuestro Código de Protección al consumidor actual (Ley N°29571) si se consignó un numeral que definen a las mismas de la siguiente manera:

"49.1 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos".

Sumado a ello en su artículo 49.2° el Código de Protección al Consumidor se estipula que “se deben tener en cuenta las circunstancias en las que se dio su celebración, la información brindada; así como las demás estipulaciones del contrato”. Al analizar las definiciones de cláusulas abusivas o también denominadas vejatorias presentes en el Código Civil y el Código de Protección y Defensa del Consumidor respectivamente, podemos a grandes rasgos darnos cuenta de lo siguiente: Primero, el Código Civil no entra a definir si el sujeto que es la supuesta parte débil es persona natural o jurídica este régimen es de carácter general e incluye no solo a los microempresarios con ingresos anuales menores de 150 UIT como el Código de Protección y Defensa del Consumidor; segundo, en el Código Civil, las cláusulas abusivas son aplicables a los contratos de adhesión y a las cláusulas generales de contratación en general, a diferencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que aplica solo para la relación entre proveedores y consumidores.

Y es que, tal y como afirma (Iparraguirre, 2017) si bien es cierto la regulación civil, y específicamente la regulación entorno a la contratación en general nos establece una serie de principios como el de la buena fe, pacta sunt servanda, consensualidad, buena fe (en virtud de los cuales se entiende que lo que las partes han acordado en un contrato son palabra de Dios), entre otros, la legislación de protección al consumidor recoge dichos principios, pero viene a relativizar ciertos aspectos en cuanto al proceso de contratación y las cláusulas abusivas son un ejemplo de ello; ello pues mientras las cláusulas abusivas del Código Civil peruano son declaradas nulas, las cláusulas abusivas presentes en el Código de Protección y Defensa del Consumidor están establecidas en una lista negra y se dividen en dos tipos (Alcántara, 2017); es así que encontramos; por un lado, en el artículo 50° del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano, a las cláusulas de ineficacia absoluta:

Artículo 50.- Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.

b. Las que faculten al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente. (...)

Por el otro, en el artículo 51° las cláusulas de ineficacia relativa:

Artículo 51.- Cláusulas abusivas de ineficacia relativa De manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, las siguientes:

a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.

b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica. (...)

Cuando el legislador hace referencia y diferencia estos dos tipos de cláusulas en razón de su ineficacia, lo que hace básicamente es separarlas acorde a la gravedad de estas cláusulas, ello pues las de ineficacia absoluta están prohibidas per se y se declara su ineficacia por el solo hecho de su existencia; en cambio en las relativas, pueden, eventualmente, ser revisadas haciendo un análisis de razonabilidad y legalidad por la autoridad de consumo, en este caso el Indecopi, y darle la potestad al proveedor de que justifique la pertinencia de las mismas (Najar, 2018).

Luego, las cláusulas abusivas han sido reguladas también en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia. Es así que, en el ordenamiento español, la regulación relativa a las cláusulas abusivas puede ser encontrada en el artículo 82° del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, en el cual se define como cláusulas abusivas de forma muy similar a la peruana, es decir como aquellas que no han sido negociadas individualmente y consentidas por el consumidor y que, en contra de la buena fe, causen un desequilibrio importante e

injustificado de las obligaciones contractuales (Martínez, 2014). No obstante, es preciso recalcar que si bien la definición y lista de cláusulas que pueden considerarse como abusivas redactadas en los artículos 85° al 90° del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuario, es similar a la peruana; en el ordenamiento español no se hace una distinción como en el peruano entre cláusulas abusivas de ineficacia absoluta (las cuales son ineficaces per se) y cláusulas de ineficacia relativa (las cuales pueden ser revisadas por Indecopi para determinar su pertinencia y viabilidad), si no que toda cláusula que es declarada como abusiva en el ordenamiento español es declarada nula de pleno derecho; y agregan el deber de transparencia, pues serán también nulas las que sean estipuladas en perjuicio de los consumidores de forma no transparente.

En el ordenamiento colombiano, tal y como afirman Acosta y Jiménez (2015), hay una gran influencia de lo establecido en el ordenamiento europeo, es por ello que, en el artículo 42° de la Ley N°1480, se define a las cláusulas abusivas como "aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos" (Posada, 2015). Como podemos apreciar, el concepto de equilibrio está presente también en el ordenamiento jurídico colombiano; sumado a ello, en el caso colombiano la sanción presente para este tipo de cláusulas, las cuales deben ser analizadas en el caso concreto, también es la nulidad.

Por consiguiente, teniendo como premisa la normativa nacional e internacional relativa a cláusulas abusivas, a continuación, procederemos a analizar si la prohibición de ingresar a las salas de cine con bebidas y/o alimentos no adquiridos dentro de los locales comerciales de Cineplex constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, tal y como afirma la Sala Especializada en Protección al consumidor.

La relación de consumo entre Cineplex y sus consumidores se realiza mediante contratos por adhesión, en la cual se celebran con celeridad y eficiencia una gran cantidad de contratos sin necesidad de negociar con cada persona que desee adquirir el servicio, ello pues responde a las necesidades de tráfico masivo que caracterizan el negocio de los cines.

Ahora bien, a pesar de las múltiples ventajas que presenta el contrato por adhesión, también es cierto que en la misma, el plausible consumidor no tiene la posibilidad de negociar las cláusulas contenidas en el mismo (es decir, no posee libertad contractual), pero lo que sí posee es libertad de contratar, es decir, de decidir finalmente si opta por celebrar el contrato y respetar las estipulaciones fijadas en el mismo, y es en ese contexto que Cineplex podría optar por incluir una cláusula abusiva con el afán de obtener mayores beneficios, lo cual podría generar un desequilibrio significativo para el consumidor.

En el caso concreto, Aspec presenta su denuncia ante la Comisión de Indecopi alegando que con la restricción interpuesta por Cineplex relativa a prohibir a sus consumidores de entrar a sus establecimientos con bebidas y alimentos adquiridos en el exterior, prácticamente los están obligando a consumir y tomar los productos que ahí ofrecen negándoles la posibilidad de alimentarse de manera adecuada, la Comisión manifiesta que la restricción se encontraba justificada y por tanto no resultaba lesiva a la moral, salud, ni seguridad pública, si no que se encontraba dentro del ejercicio de libertad de empresa. La Sala revoca la denuncia en ese extremo y afirma que la restricción es una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, mas no observamos que haya hecho un examen minucioso acorde a las características a las que ha hecho referencia a lo largo de sus resoluciones relativas a cláusulas abusivas. Ello quizá porque tal y como alega en el fundamento 55 de la resolución, las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta son abusiva per se y los requisitos para establecer si una cláusula es abusiva son solo aplicables a las cláusulas abusivas de ineficacia relativa.

En consecuencia, el análisis realizado por la Sala nos parece erróneo. Lo primero que debería hacer la Sala es, acorde a lo establecido en Código de Protección y Defensa del Consumidor, realizar un análisis minucioso y esclarecer si una cláusula es abusiva, y luego, en caso se llegue a constatar que efectivamente lo es, proceder a determinar si es una de ineficacia absoluta o relativa. Es en concordancia con ello que, a continuación, procederemos a analizar si la restricción dada por Cineplex constituye una cláusula abusiva teniendo en cuenta los siguientes requisitos aludidos en el artículo 49 del Código de Protección y Defensa del Consumidor:

- (i) Que no negociadas individualmente y que vayan en contra de las exigencias de la buena fe: Consideramos que ante lo expuesto de manera precedente, la

restricción impuesta por Cineplex sí cumple con el requisito de no ser negociado individualmente, ya que por la naturaleza de los negocios del cine, se hace imprescindible la contratación en masa, mediante contratos de adhesión, en los cuales el consumidor se adhiere a la oferta del proveedor (en este caso Cineplex), sin ningún tipo de negociación previa y por lo tanto en ese extremo sí podríamos afirmar que sí cumple el presente requisito. No obstante, a pesar de ser negociada individualmente, consideramos que la presente cláusula no va en contra de la buena fe, el cual es un principio del derecho que debe ser entendido y determinado conforme a los acontecimientos históricos de cada época en que este principio se ha desarrollado (Carbajal, 2014); es en ese sentido mediante el mismo, tal y como afirma Espinoza (2011) se trata de hacer es establecer un deber de comportamiento que refleje la honestidad y diligencia en la transacción, sumado a un equilibrio de intereses.

Respecto al requisito de buena fe que debe estar presente en la transacción, consideramos que este sí se ve reflejado en el caso concreto, ello pues, antes de acceder los establecimientos de Cineplex el consumidor, a causa de la diligencia del proveedor, estaba informado mediante carteles y la página web del mismo de la restricción de acudir con bebidas adquiridas fuera del establecimiento, y es el consumidor que, preguntándose “¿si tuviera la posibilidad de negociar la cláusula existiría y/o la tomaría como válida? que toma una decisión ponderando el nivel de satisfacción y el sacrificio realizado y opta por determinar si contrata o no el servicio. Es así que puede afirmarse que la restricción a pesar de no haber sido negociada previamente no debería ser declaradas como abusivas, al haber actuado Cineplex de buena fe, honestidad y diligencia en la transacción, y en ese sentido que, respecto a este punto se podría afirmar que el deber de transparencia exigido por la legislación española a los proveedores para esclarecer que una cláusula no negociada sea abusiva está contenido en el principio de buena fe regulado en nuestro ordenamiento y no se ve incumplido en el caso en concreto.

- (ii) Que coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos: Si bien es cierto, la relación de consumo entre Cineplex y sus consumidores parte de una asimetría informativa, en el

que el mayor nivel de expertis e información respecto a la transacción la posee el proveedor, no es posible afirmar que, en consecuencia, siempre el consumidor sea visto como la parte débil en la relación de consumo. Con la restricción, Cineplex informa las reglas de juego dentro de su establecimiento, y no es que coloque al consumidor en una situación de desventaja o desigualdad que anule el derecho de elección del consumidor, el consumidor tiene entre sus opciones (a) elegir si ir a los establecimientos y consumir los productos que Cineplex le brinda en la confitería (b) elegir ir al establecimiento de Cineplex y no consumir los productos que este le ofrece (c) optar por no ir al establecimiento de Cineplex al creer que la oferta no es idónea frente a sus necesidades. Ante lo cual, no sería posible afirmar que el consumidor ve anulado su derecho a la elección, ello pues posee distintas opciones para hacer disfrute del servicio brindado por Cineplex dentro de sus establecimientos y/o en todo caso optar por no tomar el servicio.

Con lo expuesto los párrafos precedentes, queda evidenciado que, si bien la cláusula incorporada en el contrato de consumo entre Cineplex y sus consumidores no fue negociada individualmente, cumple con el requisito de buena fe y no anula el derecho de elección de los consumidores. Sin embargo, nos parece pertinente analizar un requisito adicional, para que quede fundamentada de manera más sólida nuestra postura, el cual es recogido del Caso Baldo Kresalja Vs Foto Digital, cuando estaba vigente el D.L. N°716, y es relativo a que para que una cláusula sea considerada como abusiva en el mercado no debe haber alternativas distintas para los consumidores, es decir, que sobre el mismo producto o servicio o uno similar no existe otro proveedor ofreciendo a los consumidores una cláusula diferente de aquella materia de cuestionamiento (Sánchez, 2020). Respecto a este requisito adicional, consideramos que dicho requisito va de la mano con lo estipulado en el artículo 49.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, ello pues, en este se establece que las cláusulas abusivas deben ser evaluadas acorde a la naturaleza del servicio.

Ahora bien, cuando el consumidor concurre, por ejemplo, a comprar pollo a la brasa a una pollería o a consumir algún tipo de alimento en algún centro de comida rápida sabe que la regla es clara, uno no puede ingresar a dichos locales

comerciales con productos traídos del exterior y mucho menos con productos que sean del mismo tipo que los que se ofrecen en el establecimiento. Ello pues, los proveedores invierten con la expectativa de que los consumidores acudan a sus establecimientos a consumir los productos que este les ofrece, a menos que por iniciativa propia los proveedores les permitan a sus clientes ingresar a sus establecimientos con alimentos de similar naturaleza a los que oferta.

En el caso de los cines, la regla también era clara, no se encontraba permitido ingresar con alimentos adquiridos del exterior, y ello no solo ocurría en el caso de Cineplex, si no que Cinemark, UVK, Cinépolis, entre otros, se rigen por la misma política, es por eso que no se puede afirmar que otros proveedores que ofrecen el mismo servicio, tengan incluida una cláusula que difiera a la estipulada por Cineplex, y en consecuencia se pueda considerar abusiva, ello pues los proveedores de servicio de la misma rama y calidad similar en el servicio, incluyen la misma clausula en sus relaciones de consumo. Sumado a ello, si se debe tener en cuenta la naturaleza del servicio, es posible afirmar que, la estratégica económica de esta industria es la de ofrecer entradas a precios bajos por un “subsidio cruzado” entre sus consumidores, es decir elevar el precio de un producto o servicio a un grupo de clientes. De esa forma, la empresa genera un excedente que le permite reducir la tarifa del mismo bien para otro segmento económico (Bullard, 2018).

Es ante todo lo anteriormente expuesto que, diferimos con la opinión de la Sala y concluimos que la cláusula relativa a la restricción de no permitir que los usuarios entren con bebidas y alimentos a los establecimientos de Cineplex no constituye una cláusula abusiva y mucho menos una de ineficacia absoluta que deba ser considerada nula.

5.2.2 ¿La restricción estipulada por Cineplex califica como una práctica abusiva?

Las prácticas abusivas, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran reguladas en el artículo 57° del Código de Protección y Defensa del Consumidor de la siguiente manera:

“Artículo 57.- Prácticas abusivas

También son métodos abusivos todas aquellas otras prácticas que, aprovechándose de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, le impongan condiciones excesivamente onerosas o que no resulten previsibles al momento de contratar”.

Ahora bien, los denunciados ante el Indecopi, bajo el amparo artículo 57° alegan la poca claridad que se tiene respecto a las implicancias y sobre las conductas infractoras respecto del mismo. Es así que mediante Resoluciones 1950-2021/SPC-INDECOPI, 1951-2021/SPC-INDECOPI (Casos relativos Boticas Arcángel y Mi Farma respectivamente) el Indecopi, trató de esclarecer los alcances de dicho artículo, señalando que a fin de evaluar si una práctica es abusiva se debe tener en cuenta lo siguiente: (i) si efectivamente existió una desventaja del consumidor, ante lo cual deberá tenerse presente el bien jurídico materia de cuestionamiento (ii) la imposición de una condición onerosa no previsible al momento de contratar, respecto al cual precisa que, para ello debe tenerse en cuenta que la afectación no será solo aquella que, en menor medida pueda ser generada, sino aquella que pueda ser notoria o evidente por su dimensión según el caso particular.

En los ordenamientos colombiano y español también ha sido recogida la figura de práctica abusiva; no obstante, la regulación de esta es muy diferentes al establecido en nuestro país. Es así que, por un lado, en el ordenamiento colombiano, en el Estatuto del Consumidor (Ley N°1480) no regula de manera independiente los conceptos de clausula y práctica abusiva como sí lo hace el legislador peruano; no obstante, la doctrina colombiana ha tratado de esclarecer sus diferencias y señala que, las cláusulas abusivas hacen referencia a daños potenciales, los cuales el proveedor puede o no ejecutar y es recién al ser ejecutadas por el proveedor donde se produciría el daño; no obstante las prácticas abusivas, tienen como sustento el abuso de derecho y sí generan daño per se y violan los interés de la contraparte sin fundamento alguno (Aragón, 2016). En otras palabras, tal y como manifiestan Córdova y Cruz (2020) las cláusulas abusivas sirven como medio para plasmar las prácticas abusivas, es así que las prácticas abusivas son la manifestación de voluntad y las cláusulas abusivas el modo.

De igual forma, la regulación de prácticas abusivas en el ordenamiento español, difiere de los conceptos de práctica abusiva establecido en Perú y en Colombia, pues mediante la Ley 29/2009 se modifica el régimen de competencia desleal y publicidad e intenta adecuarse a la Directiva 2005/29 CE del parlamento Europeo, e integra así un capítulo especial para regular las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y es así que señala de manera explícita las practicas que son consideradas abusivas, y estas son: el acoso, la coacción y la influencia indebida (Montero, 2012). En nuestro ordenamiento las figuras de acoso, coacción e influencia debida son recogidas en el artículo 58.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, como métodos comerciales coercitivo, pero no como una práctica abusiva en sentido estricto la cual está regulada de manera independiente en el artículo 57°.

En el Perú se hace una clara diferencia entre las prácticas y cláusulas abusivas. Es así que, las prácticas abusivas son aquellas que no se encuentran establecidos en los contratos de consumo (como las cláusulas abusivas), si no son actuaciones, comportamientos, que puede tener el proveedor dentro de una relación de consumo y que se encuentran considerados como parte de los métodos comerciales coercitivos.

En el caso en concreto, la Comisión y la Sala, en primera y segunda instancia respectivamente, dejan clara su postura en cuanto no consideran que la restricción interpuesta por Cineplex en sus contratos de consumo, no es una práctica abusiva y la declaran infundada en dicho extremo. No obstante, al haber la Sala resuelto que, la restricción relativa a que los consumidores no puedan entrar con bebidas y alimentos traídos del exterior constituye una cláusula abusiva, la vocal Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya emite un voto en discordia en el cual manifiesta que no está de acuerdo con la tipificación de la conducta infractora la cual debería hacer analizada, solo como presunta infracción al artículo 57° del Código de Protección.

Ahora bien, para determinar si una práctica debe ser considerada como abusiva, acorde a lo establecido de manera precedente, se deben tener en cuenta dos aspectos:

- (i) Que no se estén interponiendo condiciones onerosas

(ii) Que dichas condiciones no sean predecibles al momento de contratar

Respecto al primer aspecto, es preciso señalar que, el hecho de que Cineplex no permita que los consumidores puedan optar por consumir dentro de los establecimientos productos diferentes a los adquiridos en el establecimiento, no puede ser considerada como interposición de una condición onerosa, ello pues si bien Cineplex pone a disposición de sus consumidores productos a determinado precio, ello no implica en primer lugar, que la consuman, y si optan por consumir sus productos no se puede afirmar que con dicha conducta se le esté interponiendo condiciones onerosas a los mismos, ello pues Cineplex decide los precios de sus productos en virtud de sus derechos a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de contratación y en virtud del artículo 4° de La Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada, según el cual los precios se rige por la oferta y la demanda y los únicos que pueden fijar sus tarifas son los proveedores, a excepción de los casos en los que dichos proveedores brinden servicios públicos, en los cuales si está permitida la intervención estatal autorizada por Ley. Argumento que es reafirmado por la Comisión y la Sala en cuanto manifiestan que las entidades públicas no deben entrar a regular tarifas de los proveedores.

Respecto al segundo aspecto, es preciso señalar que, la restricción interpuesta por Cineplex no es que no sea predecible al contratar. Ello pues el consumidor de manera previa a la decisión de consumo por principio de primacía de la realidad y por los anuncios puestos por Cineplex, toma conocimiento de las “reglas del juego” presentes en el establecimiento, y por ende no se puede afirmar que las condiciones no sean predecibles al momento de suscribir su contrato con Cineplex.

Sumado a ello, si tenemos en cuenta que antes las “plausibles cláusulas abusivas” cuando estaba vigente el D.L. N°716 se consideraban como una infracción al deber de idoneidad y analizamos la correspondencia entre lo que el proveedor ofrece y lo que el consumidor recibe del servicio, podemos evidenciar que efectivamente no hubo una vulneración del deber de idoneidad, consignado en los artículos 18° y 19°, del Código de Protección y Defensa del consumidor en el caso concreto. Ello pues, el proveedor no actuó en contra de aquella expectativa que surge del consumidor en función a lo que se ofrecen en publicidad, fines y usos previsibles, términos y condiciones expresamente ofrecidos o cuando la ley establece características del producto o servicio (es decir, garantías implícitas, explícitas y legales).

El consumidor se dirige a los establecimientos cinematográficos de Cineplex a sabiendas de que efectivamente por regla general en los cines no te dejan ingresar con alimentos, y, sumado a ello, acude debidamente informado sobre las condiciones vigentes en el mismo, previamente a su decisión de consumo, es decir, su expectativa no se vio defraudada. De manera contraria a lo anteriormente expuesto, consideramos que sí se vulnera el deber de idoneidad con la potestad que le da el Indecopi, mediante Resolución Final, al consumidor de definir qué entiende por producto “similar”, ello pues le da libre albedrío de elegir los alimentos con los que ahora puede entrar a las salas de cine, y, en consecuencia, se vulneraría la expectativa que se tiene del servicio, en base a usos y costumbres, ello pues como consumidor uno espera ir al cine y encontrar condiciones cotidianas, pero ¿qué pasa si por producto similar un consumidor entiende que un choripán es similar a una butifarra? Puede incomodarme como consumidor el olor a cebolla y ya no estaría recibiendo un servicio idóneo, y es que el dejar que el consumidor defina qué entiende por “producto similar” es un peligro pues se torna subjetivo.

Es ante todo lo expuesto que, coincidimos con la opinión de la vocal Martinelli, en cuanto si bien se debe analizar si la conducta infractora constituye una práctica abusiva no es posible afirmar que la restricción de Cineplex califique como tal y mucho menos como una cláusula abusiva. Ello pues de lo expuesto anteriormente podemos concluir que, la restricción relativa a no ingresar a las salas de cine con alimentos y bebidas adquiridas fuera del establecimiento de Cineplex es una restricción que hace Cineplex justificada en su derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa y dentro de los límites constitucionales permitidos.

Un aspecto que nos llama la atención en el caso concreto es que la Sala manifieste en el fundamento 21 de la Resolución que en virtud de libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de contratación consagradas en la Constitución y lo consignado en el artículo 4 de la Ley Marco Para el Crecimiento de la Inversión Privada, no se encuentra autorizada a regular precios; no obstante, de manera contradictoria, desea regular la forma en cómo se organizan las empresas.

El Estado solo debe entrar a regular por necesidad pública y debidamente autorizada por ley. Ello pues, la forma más eficiente que tiene el Estado para controlar a las empresas es generando más competencia, no regulándolos de manera excesiva, ya que desincentivará la inversión privada y no solo ello, si no que trasladarán las

empresas los costos de dicha regulación a los consumidores. La alternativa más viable no es la regulación de mercados, si no es la competencia, ya que hará que existan más opciones para los consumidores y que los proveedores inviertan en ofrecer productos y servicios de calidad a mejores precios, brindando un trato justo y equitativo (Tassano, 2016). Ello pues, el mercado se autorregula y cuando un proveedor abusa del mismo hay otros competidores que están dispuestos a entrar con mejores ofertas con tal de obtener ganancias y finalmente terminaran captando los clientes de los proveedores abusivos.

5.3. Test de proporcionalidad:

El rol del Estado es el de promotor, vigilante y subsidiario en el mercado, tal y como hemos detallado en los párrafos precedentes; no obstante, en el desarrollo del dinamismo del mercado, pueden surgir conflictos y/o colisión entre los derechos de los actores que intervienen en él. Es así que, la vía ideal para ver cuál es el derecho que debe primar es el de test de ponderación de derechos, o también denominado “test de proporcionalidad”. Y es que, tal y como afirma Rubio (2018), el test de ponderación es un instrumento metodológico que se utiliza para ponderar casos de conflictos entre derechos fundamentales o de la restricción impuesta a un derecho específico; y que “cobra vital importancia, sobre todo, en los casos en materia contractual, en los que la intervención Estatal resulta un tema bastante delicado”. (Escobar, 2018).

Cabe mencionar que, el concepto que recoge la doctrina peruana respecto al test de proporcionalidad es similar al que recoge la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-022/96) y el Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC, en la cual se señala que el test de proporcionalidad constituye una guía metodológica para determinar si se encuentra justificado el preponderar un derecho sobre otro.

Sin perjuicio de lo indicado, en el Perú, acorde a lo recogido en las sentencias N°008-2003-AI-TC, 00579-2008-AA -TC, entre otras, es posible afirmar que el test de proporcionalidad posee tres subprincipios (i) idoneidad, es decir si la restricción del derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se pretende tutelar (ii) necesidad, es decir, si no existen medidas menos lesivas a la adoptada y (iii) proporcionalidad en sentido estricto, en el cual se pondera los derechos en conflictos, según el cual cuanto mayor es el grado de afectación del derecho, mayor

debe ser la satisfacción del interés jurídicamente protegido. Los subprincipios según lo detallado en la Sentencia N°0048-2004-PI/TC son excluyentes entre sí; es decir, se hace en orden y si se determina que no es superado uno de los subprincipios, no se puede pasar al subprincipio siguiente y termina el análisis en el mismo al haberse detectado algún tipo de inconstitucionalidad.

Mediante Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI, la Sala concluye que el hecho de que Cineplex no permita a los consumidores ingresar con productos y/o bebidas adquiridas fuera de su establecimiento constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta. No obstante, no se evidencia a lo largo de la Resolución materia de análisis, ni en todo el expediente relativo al caso en concreto, que el Indecopi haya realizado un test de ponderación entre los derechos en conflicto tal y como son el derecho de la libertad de empresa y el derecho de libre elección del consumidor.

A primera impresión es posible pensar que el derecho de los seres humanos y el desarrollo de los mismos debe primar frente al derecho de las empresas; no obstante, no debemos olvidar que los derechos de estos últimos también están recogidos constitucionalmente, es así que los derechos no son absolutos y al haber dos intereses legítimos enfrentados, consideramos pertinente que corresponde realizar un Test de Ponderación entre los mismos para dilucidar si lo resuelto por la Sala fue lo más óptimo para el caso en concreto.

Siguiendo con lo señalado por Rubio (2011) “El Tribunal Constitucional peruano para crear el test de proporcionalidad ha tomado como referencia no solo literatura especializada, si no también jurisprudencia de España, Colombia y Alemania”. Es así que, la Corte Constitucional colombiana en el segundo párrafo de su Sentencia N°C-022/96, señala que: “El test de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre dos principios fundamentales cuando estos entran en colisión, y corresponde al juez constitucional determinar si la reducción es proporcional teniendo en cuenta la importancia del principio afectado”. De igual forma, Bernal Pulido (2002) sostiene que: “esta proporción no determina exactamente lo que se debe hacer si no que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas que existen”. Finalmente, diversa doctrina alemana, siguiendo lo señalado por el jurista alemán Robert Alexy, hace alusión a que solo será realizado satisfactoriamente el test de

proporcionalidad si se evidencia que se ha empleado el principio de razonabilidad (Traverso, 2013). Un claro ejemplo de ello es el alemán Matthias Hartwig (2010) quien manifiesta que, para evaluar si una medida es viable se debe tener en cuenta:

“(…) ¿cuál es la ventaja o el valor adicional para un objetivo y cuál la intensidad de la intervención en un derecho fundamental? El valor adicional depende, por su parte, de la probabilidad del éxito de la medida y de la importancia de la medida para lograr el éxito, sobre la restricción del derecho fundamental. Si ese valor prevalece sobre el efecto de la intervención en el derecho fundamental, la medida no constituye una violación de la Constitución”. (pág.791).

Teniendo como referencia lo anteriormente expuesto es posible afirmar que, un aspecto importante que tenemos que tener en cuenta al realizar el test de proporcionalidad es la razonabilidad con la que se pretendan proteger las garantías constitucionalmente reconocidas, ello no solo en virtud del artículo 200° de nuestra Constitución, sino también porque va de la mano con el principio de razonabilidad establecido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, según el cual “el análisis de razonabilidad se aplica teniendo en cuenta la finalidad pública que se pretende tutelar y la proporcionalidad de la decisión administrativa utilizada para alcanzar el cometido estatal” (Lucchetti, 2015).

Ahora bien, el test de proporcionalidad comprende tres aspectos o mejor denominados subprincipios que debemos analizar cuando existe colisión de derechos: el de idoneidad, necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Es por ello que, a continuación, procederemos a detallar las implicancias de cada uno de estos subprincipios, así como a analizar si la Sala tomó una decisión adecuada, ante el conflicto subyacente entre el derecho a elegir de los consumidores y el de la libertad de empresa, teniendo en cuenta los mismos.

i) Subprincipio de Idoneidad: Teniendo como referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional N°0045-2004-AI, es posible afirmar que “la idoneidad consiste en la relación de causalidad entre el medio adoptado y el fin propuesto”. Respecto a este primer subprincipio consideramos que la medida adoptada por la Sala del Indecopi relativa a permitir que los consumidores entren a las salas de cine sí es constitucionalmente viable en

cuanto persigue un objetivo constitucionalmente reconocido el cual es proteger el derecho a elegir de los consumidores. No obstante, discrepamos en cuanto no consideramos que dicho medio sea “idóneo”, ello pues si bien el objetivo de la Sala es proteger el derecho a elegir de los consumidores, con la medida impuesta cumple su objetivo; sin embargo, no toma en cuenta que se termina vulnerando de manera significativa el derecho a la libertad de empresa.

- ii) **Subprincipio de Necesidad:** Respecto a los alcances de este principio Traverso (2005) afirma que bajo este subprincipio del test se analiza si no existen medios alternativos menos gravosos que el afectado o que lo sean en menor intensidad. No obstante, consideramos que sí existen medidas menos lesivas que permitir que los consumidores entren con bebidas y alimentos adquiridos fuera del establecimiento de Cineplex. Una solución menos lesiva sería, por ejemplo, que Cineplex establezca escalas de precios; es decir, para los consumidores que opten por entrar sin comida a las salas de cine, se le ofrece entradas a menor costo; y a los que decidan entrar con comida, se les da un precio más alto al adquirir las entradas.

Otra medida menos lesiva sería tal y como establece la vocal Ana Martinelli que, cuando el consumidor por algún tema de salud no pueda consumir productos de la confitería y desee llevar a los establecimientos de Cineplex alimentos adquiridos del exterior, acorde a lo prescrito medicamente, se le permita ingresar con los mismos acreditando su condición, ello pues va acorde con lo establecido en el artículo 25° del Código de Protección y Defensa del Consumidor¹. Ahora bien, aquí acabaría el análisis de nuestro test de

¹ Así, por ejemplo, siguiendo la línea de lo establecido en el Decreto Supremo 168-2021-PCM, mediante el cual con el objetivo de tomar medidas frente al Covid 19, establece que los peruanos para entrar a los establecimientos comerciales ahora deberán presentar su carnet de vacunación, consideramos que una opción viable y medida menos lesiva aplicable al caso concreto sería que las personas que por problemas de salud no puedan consumir alguno de los productos que ofrece Cineplex en sus confiterías, puedan presentar un certificado médico u otro medio de sustento que acredite su condición de salud y justifique el porqué concurren a las salas de cine con productos adquiridos en el exterior. Los consumidores que no puedan acreditar su condición de salud y, en consecuencia, no se les permita ingresar con alimentos del exterior a las salas de cine, estarían

ponderación al haber encontrado medidas menos lesivas a través de las cuales se pueda lograr el fin; no obstante, discrepamos con la idea de que la medida establecida por la Sala sea la más óptima y menos lesiva entre todas las posibles, ya que tomar dicha medida como válida no haría más que evidenciar que prima el rol proteccionista de la Sala y que no toma en cuenta el otro derecho involucrado (libertad de empresa), ello pues tal y como hemos manifestado en los párrafos precedentes, la medida atentaría contra una de la principales fuentes de ingreso de Cineplex; es así que para hacer un análisis más minucioso del caso en concreto procederemos a analizar el último subprincipio relativo a proporcionalidad en sentido estricto.

iii) Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto: Respecto a este subprincipio Alexy (2010) afirma que para que sea legítima la injerencia en algún derecho fundamental, la medida adoptada debe ser equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, analizando ventajas y desventajas. En nuestra opinión, el Indecopi fue negligente al no realizar el test de proporcionalidad correspondiente para dilucidar la controversia entre los derechos en conflicto en el caso concreto; y, en consecuencia, la medida adoptada es inconstitucional, ya que priorizó el proteger el derecho a elegir de los consumidores sin elementos que sustenten de manera sólida su postura y que, en consecuencia, amparen que es viable vulnerar el derecho a la libertad de empresa.

Así pues, la ponderación no se trata de una cuestión de todo o nada, sino de una tarea de optimización (Alexy, 2010). No obstante, la decisión de la Sala va contra lo prescrito por Alexy, pues con la medida adoptada, el grado de afectación a la libertad de empresa es significativo, va contra el contenido esencial del derecho mismo. Sumado a ello, la Sala no se ha pensado o tomado como opción medidas menos lesivas y/o no ha tratado de buscar alternativas más efectivas sin que uno de los derechos no se vea prácticamente anulado y peor aún no ha tomado en consideración que, el impacto de la medida no

recibiendo un trato diferenciado razonable, porque se encuentra avalado constitucionalmente que las empresas puedan tomar medidas objetivas con el fin de preservar y autoorganizar su negocio.

debería ser desproporcional con el objetivo que se pretende conseguir, lo cual, finalmente, conlleva a que la medida se torne inconstitucional en el caso concreto.

Y es que, si bien puede considerarse que el contrato de consumo entre Cineplex y los consumidores es uno de adhesión, en el que los consumidores ven reducida su libertad de contratación. Los consumidores no son obligados a contratar, y de manera previa a su decisión de consumo, son informados de las reglas de juego (es decir, que no se puede ingresar con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera de sus establecimientos) las cuales fueron debidamente comunicadas mediante carteles en los locales físicos del cine y en su página web. Sumado a ello, tal y como hemos evidenciado a lo largo de este informe, no ven vulnerados su derecho a elegir toda vez que, por un lado, poseen una amplia gama de opciones antes de optar por consumir en Cineplex, y, por el otro, si optan por elegir tener una relación de consumo con Cineplex es porque han ponderado el “sacrificio” y el nivel de satisfacción concurriendo al mismo.

Cuando un consumidor concurre a Dunkin’ Donuts o a KFC no lo hace precisamente para tomar un café, comer donuts o consumir pollo frito, lo que consume son experiencias, “está comprando la adaptabilidad del menú a su gusto del día, la agilidad en la entrega y la confianza por la higiene que supone el hecho de poder ver la manipulación de los insumos que serán luego nuestros alimentos” (Urrutia, 2018). Lo mismo sucede cuando un consumidor decide ir al cine, no concurre al mismo de manera específica para comer canchita o ver una película, ya que tranquilamente puede hacer ello en su casa a menor costo mediante las plataformas de Netflix, Prime o Disney Plus lo que consume es una “experiencia”, en un determinado establecimiento, con una determinada calidad de servicio y por consiguiente a determinado costo, el cual el consumidor elige si pagar o no, y, por consiguiente, su derecho a la libre elección no se ve menoscabado.

No obstante, si vemos la otra cara de la moneda, el derecho a la libertad de empresa se ve vulnerado sustancialmente, ello pues con la medida adoptada

no solo se reducen sus ganancias, al ser el negocio de la venta de confitería una actividad principal para las empresas cinematográficas, sino que también va en contra una garantía que es elemento esencial del derecho a la libertad de empresa, la cual es la de poner autoorganizarse. Consideramos que el Estado está regulando más allá de lo permitido y/o estrictamente necesario, y en consecuencia está yendo más allá de lo permitido por su rol subsidiario en el mercado; Y es que, tal y como afirma Falla, en una entrevista realizada por Iribarren (2018):

“En el modelo que manejaba el cine, iban juntos tanto la exhibición de películas como la venta de alimentos. Entonces, es como si el Estado estuviera diciéndole a las empresas de cine que solamente exhiban películas y nada más. En otras palabras, un funcionario público ha decidido cómo deben funcionar los negocios”.

Finalmente, si realizamos el análisis costo-beneficio, de manera contraproducente, es posible afirmar que, el objeto de protección (el cual para el Indecopi es el consumidor) se verá afectado, ello pues al tener restricciones y barreras, la empresa, por un lado, no se verá motivada a innovar, presentar mejores ofertas; y, por el otro, al haber menores ganancias (ya que la confitería representa una parte significativa dentro de los ingresos de Cineplex), habrá menos trabajo para los ciudadanos y la empresa verá diversas formas de trasladar costos, los cuales serán asumidos, finalmente, por los consumidores que decidan acudir a Cineplex. Lo anteriormente expuesto es reafirmado por Gustavo Rodríguez (2018), el cual afirma que, “Si los cines no pueden recuperar lo perdido de alguna manera, deberán considerar no invertir en innovación en sus salas o no proyectar algunas películas que se estrenarán en otros países”. Ante lo cual consideramos que, la mejor forma de lograr mercados óptimos es haciendo que los mercados se autorregulen mediante la competencia.

Sobre el particular, el español Pagador (2011) afirma que:

“El mercado proveerá distintas ofertas entre las cuales podrán optar los individuos, produciéndose así el escenario ideal para que la libertad contractual tenga cabida en las decisiones de los sujetos. Por lo cual se ha señalado que la competencia es un presupuesto de la libertad contractual”

Idea con la cual no diferimos, pues mediante la competencia el consumidor tendrá mejores opciones de elección de acuerdo con sus necesidades y si el proveedor no lanza buenas ofertas al mercado y/o estas no son atractivas para el consumidor, este último no lo tomará como opción y el castigo de este proveedor será salir definitivamente del mercado.

PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO:

¿La sanción establecida por la Sala es adecuada para el caso concreto?

La Sala Especializada en Protección al consumidor decide sancionar a Cineplex con una “amonestación”, por la inclusión de una cláusula abusiva que limita el derecho de los consumidores, es con motivo de ello que a continuación procederemos a analizar si la sanción fue adecuada para el caso concreto.

La potestad sancionadora administrativa, se encuentra regulada en el artículo 248° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), es así que, en el inciso 2 del mismo, se hace referencia al principio de razonabilidad, según el cual:

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

De lo establecido en el párrafo precedente se puede deducir que, lo que se debe pretender con las sanciones establecidas por Indecopi es que sean lo suficientemente significativas para que lo que consigan sea desincentivar la comisión de la conducta infractora. No obstante, hace hincapié en que para el establecimiento de dichas sanciones se debe tener en cuenta criterios como la proporcionalidad. Respecto a ello Gómez, Isla y Mejía (2015) se manifiestan y señalan que: “Si bien todos los principios son importantes para el

ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, para establecimiento de la multa y graduación de la sanción, los principios de razonabilidad y proporcionalidad son determinantes”.

Luego, otro principio relevante a tomar en cuenta es el de predictibilidad, regulada en el numeral 1.15 del Artículo IV de la LPAG según el cual “Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos”.

Es con motivo de ello que, a continuación, procederemos a detallar pronunciamientos relevantes en los que INDECOPI sancionó con motivo de incluir cláusulas abusivas en los contratos de consumo:

- CASO TAXIBEAT PERÚ S.A. (RESOLUCIÓN 3229-2019/SPC-INDECOPI) Y CASO MAXI MOBILITY PERÚ S.A.C. (RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI):

“Se confirma las resoluciones de primera instancia, en cuanto sancionó a cada una de las empresas con una multa de 23,8 UIT, por infracción del literal a) del artículo 50° del Código de Protección y Defensa del Consumidor”.

- CASO EMPRESA DE TRANSPORTES FLORES HERMANOS S.R.L. (RESOLUCIÓN 0423-2020/SPC-INDECOPI):

“Se confirma la Resolución N°153-2019/CC3 en el extremo que halló responsable a Empresa de Transportes Flores Hermanos S.R.L. por infracción del literal e) del artículo 50° del Código de Protección y Defensa del Consumidor”

De los casos aludidos de manera precedente, se puede evidenciar que, el Indecopi no mantiene una postura uniforme al sancionar la inclusión de cláusulas abusivas en un contrato de consumo. Nuestra postura es que, al no haber vulneración del derecho de libertad de elección de los consumidores y al ser la restricción impuesta por Cineplex relativa a impedir la entrada a sus establecimientos con bebidas y alimentos adquiridos fuera de sus establecimientos, ejercida dentro de los límites a su derecho a la libertad de empresa y autoorganización empresarial, Cineplex no debió ser sancionado y se debió declarar infundada la denuncia.

A pesar de nuestra postura, lo que llama nuestra atención que en el caso concreto el Indecopi haya optado por ponerle una “amonestación” en vez de una multa y/o sanción pecuniaria a Cineplex, teniendo como referencia los casos citados de manera precedente en los cuales las empresas fueron sancionados con multas con motivo de consignar cláusulas abusivas; sumado a ello, según lo manifestado por el Indecopi, la afectación del derecho a la elección del consumidor es tan considerable y contraria a la buena fe que lo prepondera frente al derecho a la libertad de empresa y resulta contradictorio que haya optado por calificar la infracción no solo como leve, si no que ponerle la sanción más baja dentro del rango de la misma, ello pues va contra los principios de razonabilidad y predictibilidad consignados en la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG).

6. CONCLUSIONES:

Sobre la base de lo expuesto en el presente informe, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- La Sala mediante Resolución N°0219-2018/SPC-INDECOPI materia de análisis, determina que la prohibición de ingresar con bebidas y alimentos adquiridas fuera del establecimiento de Cineplex es una cláusula abusiva y, por ende, ahora, los consumidores pueden ingresar con alimentos adquiridos del exterior a sus salas de cine. No obstante, no se evidencia que el Indecopi haya realizado un test de ponderación entre el derecho a la libre elección del consumidor y el derecho a la libertad de empresa, mecanismo que se torna idóneo para esclarecer que derecho debe primar cuando hay dos derechos que se encuentran en conflicto.
- Al analizar las implicancias del derecho a la libertad de empresa, podemos concluir que este no abarca solo el concepto del mismo en sentido estricto, si no que posee cuatro garantías que son parte esencial del contenido de dicho derecho. Dichas garantías son: libertad de fundación de una empresa, libertad de acceso al mercado, libertad de organización del empresario y libertad de dirección de la empresa. En el caso concreto, consideramos que se ve vulnerada la garantía de autoorganización empresarial, la cual faculta al proveedor a delimitar cómo establecer su negocio y cuál es la forma adecuada de velar por el cumplimiento de sus objetivos, ello pues los ingresos provenientes de la confitería representan un 40% de los ingresos totales del negocio del mismo, y en consecuencia, es una actividad principal para

Cineplex, conclusión a la que llegamos no solo de la Memoria Anual 2016 de la empresa y su estatuto, sino que también está avalado en un estudio realizado por la Universidad de Standford que evidencia que en otros países, no solo en el Perú, el ingreso de la confitería es significativo en dicha industria. Sumado a ello, tal y como establece la vocal Ana Martinelli, por principio de primacía de la realidad, se ve que el negocio de los cines está diseñado no solo para generar entradas mediante la proyección de películas, sino también para la venta de confitería, porque sus butacas tienen espacios destinados al consumo de ello.

- De manera contraria a lo anteriormente expuesto, no podemos concluir que el derecho de elegir libremente del consumidor se vea vulnerado en el presente caso, ello pues para que el consumidor haga un goce pleno de su derecho a elegir, debe tener la potestad de determinar el bien o servicio a contratar entre una amplia gama de opciones y también se le debe haberle brindado información a tiempo y de manera adecuada. Y ello se vio evidenciado en el caso concreto, pues por un lado, Cineplex le ofrece opciones diferentes para disfrutar del servicio en su establecimiento, ante lo cual el consumidor elige si solo ver la película, si ver la película con algún alimento de la confitería o si finalmente no contrata el servicio; por el otro, porque el deber de información no se ve vulnerado al ser las condiciones de contratación informadas de forma clara y oportuna al consumidor mediante la página web de Cineplex y carteles dentro del establecimiento del mismo, de manera previa a su decisión de consumo y es el consumidor que hace una elección razonable ponderando su nivel de sacrificio con el de satisfacción.
- En consecuencia, al no verse vulnerado el derecho a elegir, no puede considerarse que la restricción relativa a no poder ingresar con alimentos y/o bebidas adquiridas del exterior estipulada por Cineplex pueda ser considerada como una cláusula o práctica abusiva, ello pues es una restricción que hace el proveedor en el libre ejercicio de su derecho a la libertad de empresa y avalado en su garantía de autoorganización empresarial. Si bien la cláusula incorporada en el contrato de consumo entre Cineplex y sus consumidores no fue negociada individualmente, al ser un contrato de adhesión en el cual el consumidor decide si adherirse o no; cumple con el requisito de buena fe, ya que el consumidor fue honesto y diligente informando la restricción “antes de” que el consumidor tome su decisión de

consumo y, en consecuencia, no anula su derecho a elección al tener otros cines a los que pueda recurrir o incluso variedad de opciones de cómo llevar a cabo su decisión de consumo si opta por ir a los establecimientos de Cineplex. Sumado a ello, si se debe tener en cuenta la naturaleza del servicio, es posible afirmar que, la estrategia económica de esta industria es elevar los precios de un producto (los que vende en la confitería) para reducir los precios de otro (las entradas), estrategia empresarial denominada “subsidió cruzado”.

- Luego, las conclusiones aludidas de manera precedente quedan sustentadas al realizar el test de proporcionalidad en el caso concreto, ello pues podemos concluir que si bien la medida tomada por Indecopi perseguía un fin legítimo, no era el método más idóneo para cumplir su objetivo. Existían medidas menos lesivas que las que interpuso el Indecopi, tales y como son, por un lado, que Cineplex establezca una escala de precios, con beneficios a los que opten por no ingresar con alimentos adquiridos en el exterior, por el otro, dejar ingresar a consumidores con problemas de salud (debidamente acreditados) con alimentos que sean plausibles de ser consumidos por los mismos. Ante lo cual la medida interpuesta por Indecopi no superaría el test de proporcionalidad, en cuanto a subprincipio de necesidad, y debería ser declarada inconstitucional.
- Consideramos que el Estado debe intervenir solo por necesidad pública o debidamente autorizado por ley, no debería regular de forma excesiva el mercado. Ello pues, termina perjudicando no solo al mercado y los proveedores; si no que también, a los consumidores, ya que los proveedores en su objetivo de obtener mayores ganancias trasladaran los costos a los usuarios que decidan contratar sus servicios. La mejor opción es que el Estado se autorregule y/o genere competencia.
- Finalmente, creemos que resulta contradictorio que el Indecopi considere que hubo una afectación considerable al derecho a elegir libremente de los consumidores y termine finalmente interponiendo como sanción una amonestación y no una sanción pecuniaria, en el caso concreto, ello pues no va acorde a los principios de razonabilidad y predictibilidad establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

7. RECOMENDACIONES:

Teniendo como referencia los problemas jurídicos expuestos en el presente informe sugerimos tomar en consideración las siguientes recomendaciones:

- Ante un conflicto de derechos, el mejor método que tiene el Indecopi, así como todas las entidades administrativas y judiciales, para dilucidar cuál es el derecho debe de preponderar es el test de proporcionalidad. No se puede asegurar que una medida sea la más adecuada y menos lesiva de derechos si no se superó previamente todos los subprincipios de dicho test, ello pues se puede terminar vulnerando significativamente derechos reconocidos constitucionalmente.
- Al elegir el Indecopi preponderar un derecho, tal y como es en el caso concreto el derecho a elegir de los consumidores, y como consecuencia de ello, limitar otro derecho tal y como es el derecho a la libertad de empresa, debe tener en cuenta que, a pesar de que a primera impresión la medida parezca ser beneficiosa, en la práctica puede resultar contraproducente y finalmente, terminar teniendo mayores desventajas que ventajas para los consumidores.

Es por ello que, sugerimos que si bien, el Indecopi adopta medidas avalado en el principio pro-consumidor establecido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, debe evaluar si en realidad, posteriormente a la implantación de la misma, dicha medida se ha tornado efectiva y beneficiosa no solo para los consumidores, si no para el mercado en general.

- Consideramos que, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú, el rol del Estado debe ser subsidiario, y, en consecuencia, debe intervenir solo cuando sea imprescindible. La medida más idónea para lograr mercados óptimos es haciendo que los mercados se autorregulen mediante la competencia, cuando hay un proveedor que abusa del mercado habrá otros competidores que estén dispuestos a entrar con mejores ofertas y beneficios para los consumidores con tal de captar algo de las ganancias de este proveedor considerado abusivo. El castigo para este proveedor abusivo será interpuesto por el mismo mercado, pues

los propios consumidores serán los que finalmente terminen echándolo del mismo al tener mejores opciones.

- Estamos de acuerdo con los requisitos establecidos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor para evaluar la presencia de cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. No obstante, consideramos que, para determinar si efectivamente un proveedor menoscaba los derechos de los consumidores, con las cláusulas establecidas en el contrato de consumo, se debe poner especial atención a la naturaleza del servicio y al deber de transparencia e información que ostenten los proveedores al interponer las mismas.
- Finalmente creemos que, al interponer multas, el Indecopi deber ser más congruente en cuanto a sus argumentos y el nivel de sanciones que establece. Ello pues si argumenta que hay una grave afectación de derechos (tal y como manifiesta en el caso concreto al considerar que se está vulnerando significativamente el derecho a elegir libremente de los consumidores), pero termina sancionando con una sanción leve tal y como es la amonestación, su actuación no se torna coherente y estaría yendo contra los principios de razonabilidad y proporcionalidad establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

8. BIBLIOGRAFÍA:

- Acosta, J., y Jiménez, F. (2015). Elementos de Derecho Europeo para la Caracterización de las Cláusulas Abusivas en la Contratación. Dikaion.
- Alcántara, O. (2017). Los controles de incorporación y de contenido frente a las cláusulas abusivas en el derecho de consumo peruano.
<https://hdl.handle.net/20.500.12724/6032>
- Arango, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. Estudios SocioJurídicos,18(1),243-266.
<http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v18n1/v18n1a08.pdf>
- Ariño y Faus (2015). Contrato de Adhesión. Vlex. Información Jurídica Inteligente. España.
<https://vlex.es/vid/contrato-adhesion-844408885>
- Barreiro, R. (2018). Las practica abusivas en la relación de consumo. Asociación de Magistrados y funcionarios de la Justicia Nacional. Revista Jurídica. (Numero1, 2018).
<https://www.amfjn.org.ar/2018/02/20/las-practic-as-abusivas-en-la-relacion-del-consumo/>
- Bernal Pulido C. (2002). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bullard, A. (1989). ¿Contratación en masa? Colección Esencial del Derecho. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Bullard, A. (2018). Análisis económico del derecho. Colección Esencial del Derecho. No. 35. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Bullard, A. (2018). Libertad bamba, por Alfredo Bullard. El Comercio.
<https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/cineplex-indecopi-cine-consumidores-servicio-libertad-bamba>.

- Carvajal, L. (2014) “La buena fe mercantil en la tradición jurídica accidental”. Revista de estudiantes de historia jurídica. N° 36. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Consulta: 05/10/2018.
- Cavero E. (2016) ¿Efecto dominó o efecto mariposa? El (distorsionado) concepto del consumidor protegido en el derecho peruano. Fondo Editorial PUCP.
- Cervera, L & Obando, M (2010). Protección al Consumidor: Nuevos Horizontes, Perspectivas y Desafíos. Una revisión al Panorama Actual. Entrevista al Dr. Freddy Escobar Rozas. Derecho & Sociedad. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13334/13961>
- Comisión Preventiva Central de Chile (2000). Dictamen 1125. Investigación sobre prácticas restrictivas de la libre competencia por parte de Cinemark y Cine Hoyts. Rol N° 257-00 FNE. [30/06/2000 \(fne.gob.cl\)](http://30/06/2000(fne.gob.cl)).
- Constitución española (1978) España.
- Constitución Política del Perú (1993).
- Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N. o C-022/96)
- Córdova y Cruz (2020) Cláusulas abusivas en el derecho de consumo, análisis y perspectivas en Colombia. Corporación Universitaria Lasallista Facultad de Ciencias Sociales y Educación Programa de Derecho Caldas - Antioquia 2020. http://repository.lasallista.edu.co/dspace/bitstream/10567/2959/1/Monografia_Derecho_Del_Consumidor_Final.pdf.
- Diccionario de la Real Academia Española (2021). Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [13 de octubre del 2021].

- De La Puente, M (2002). El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Segunda edición. Tomo I. Lima: Palestra, 2007, p. 784.
- Durand, J. (2007) Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú (Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2007), 166.
- Durand, J (2012). El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado. En: Revista: Vox Juris Vol.24. N° 2. Lima, Perú. Fondo Editorial USMP.
- 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).
- Decreto Legislativo N°716 (1998). Ley de Protección al Consumidor.
- Echeverri Salazar, V. (2011) Opinión Jurídica - Universidad De Medellín Opinión Jurídica, Vol. 10, N° 20, pp. 125-144 - ISSN 1692-2530 • 125 Julio-diciembre de 2011 / 216 p. Medellín, Colombia El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores* Verónica María Echeverri.
- Espinoza Espinoza, J. (2011). El principio de la buena fe. *Advocatus*, (024), 245-260. <https://doi.org/10.26439/advocatus2011.n024.3187>.
- Fuentes, J y Sánchez D. (2017). Delimitación de elegir libremente entre productos y servicios. *Derecho y Sociedad*. Pág. 4-5.
- Garzino, M. La protección del consumidor hipervulnerable a través del dialogo de fuentes y la necesidad de una previsión equilibrada. <https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Ganino-Lagrutta-y-Luisi-Consumidores-hipervulnerables.pdf>

- Gómez, H., Isla, S. y Mejía G (2015). Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor. Revista Derecho y Sociedad. pág. 141.
- Hartwig, M. (2010). La “Proporcionalidad” en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?, 1, 781-791.
- Herrera-Tapia, B. y Álvarez-Estrada, J. (2015). El mercado y la libertad contractual de los consumidores en los contratos por adhesión. Revista Jurídicas, 12 (2), 26-41. DOI: 10.17151/jurid.2015.12.2.3.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2013). Perú estructura empresarial. Glosario de Términos. Menú recursivo. Anexo 2. Pág. 123. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1178/anexo02.pdf.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0078-2012/SC2-INDECOPI.
- Iparraguirre, G. (2010). Reflexiones sobre los denominados métodos comerciales abusivos contenidos en el código de protección y defensa del consumidor. (Es) EN: Actualidad jurídica (PE) (203): p.307-310 oct., 2010.
- Ipsos (2019). ¿Cuántos millenials van al cine? Año 2017. <https://eltiempo.pe/cual-es-el-entretenimiento-preferido-por-los-millennials/>
- Iribarren, C. (2018). Entrevista a Alejandro Falla sobre la resolución de Indecopi en relación a los alimentos de cine. Enfoque Derecho. 01 de marzo del 2018. <https://www.enfoquederecho.com/2018/03/01/29246/>
- Ley N°1480 (2011) Estatuto del Consumidor. Colombia.
- Ley de Condiciones Generales de Contratación, ley 7/1998. España.

- Ley N° 28587 (2014). Ley de Protección al consumidor. Perú.
- Kresalja, B y Ochoa C, (2019). Derecho Constitucional Económico, Primera Edición, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2019.
- Martín Pérez, José A. (2012), “Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, en Sánchez Barrios, María Inmaculada (Dir.), Estudios Sobre Consumo, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Martínez, P (2014) ¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas? Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 9/2014. págs. 76-84
<https://revista.uclm.es/index.php/cesco>
- Nájjar, E. (2018). Las cláusulas abusivas en la contratación masiva y protección y defensa de los consumidores: una visión a la Resolución No. 243-2018/SPC [Trabajo Académico. Pontificia de Universidad de Católica del Perú, Perú].
- Nizo, K. (2019). “El Contrato Por Adhesión y Las Cláusulas Abusivas, Un Acercamiento a su Evolución Normativa”.
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23009/1/EL%20CONTRATO%20POR%20ADHESION%20Y%20LAS%20CL%C3%81USULAS%20ABUSIVAS%20UN%20ACERCAMIENTO%20A%20SU%20EVOLUCION%20NORMATIVA.pdf>
- Olano, K. y Segovia E. (2020). Cuando el derecho no es suficiente: El Análisis Económico del Derecho en el caso Aspec contra Cineplex y Cinemark. Revista Derecho & Sociedad, N° 54 (II), Junio 2020. Pág.127.
- Pagador, J (2011). Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. <Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas>, en La defensa de los consumidores y usuarios (dirigida por Rebollo Puig, M., e Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011.

- Paniagua Zurera, M. (2017). La libertad de empresa: el marco institucional y su contenido esencial. *Revista De Fomento Social*, (287-288), 859-871. <https://doi.org/10.32418/rfs.2017.287-288.1485>.
- Paz- Ares C, y Alfaro Águila Real, J (2003). Un ensayo sobre la libertad de empresa. Estudios homenaje a Luis Diez-Picazo, Thomson – Civitas, Madrid 2003, tomo IV pp 5971-6040 <https://es.scribd.com/document/343896761/Ensayo-sobre-la-libertad-de-empresa>.
- Paz, N (2019). Una economía de mercado para todos: Retrospectivas y avances de cara al Bicentenario. Stakeholders sostenibilidad. 29 de noviembre del 2019. <https://stakeholders.com.pe/estado/una-economia-mercado-todos-retrospectivas-avances-cara-al-bicentenario/>
- Posada Torres, C. "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 29, julio-diciembre de 2015, pp. 141-182.
- Resico, M (2010). *Introducción a la Economía Social de Mercado*. - 1a ed. - Buenos Aires: Konrad. Adenauer Stiftung, 2010. 384 p.; 23x16 cm.
- Rigoglioso (2009). Why Does Movie Popcorn Cost So Much? Stanford Graduate School of Business <https://www.gsb.stanford.edu/insights/why-does-movie-popcorn-cost-so-much>
- Rodríguez Chávez, R. (2011). La función económica de la contratación masiva. *Revista Oficial del Poder Judicial*. Año 4 - 5, N.º 6 y N.º 7 / 2010-2011 <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b9dd37804e3b3406809a88a826aedadc/9.+Jueces++Reyler+Yulfo+Rodr%C3%ADguez+Ch%C3%A1vez.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b9dd37804e3b3406809a88a826aedadc#:~:text=Se%20trata%20de%20contratos%20dise%C3%B1ados,existencia%20de%20la%20contrataci%C3%B3n%20masiva.>
- Rodríguez, G (2018). La fábula del cine y la canchita: una historia de terror protagonizada por Indecopi. *Legis pasión por el derecho*. 27 de febrero del 2018.

<https://lpderecho.pe/fabula-cine-canchita-historia-terror-protagonizada-indecopi/>

- Rubio, Marcial (1999). Estudio de la Constitución de 1993, Tomo III. Lima: PUCP. 1999, p. 248.
- Rubio, M. (2018) “El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (pp. 23 - 26).
- Sabogal (2005) “Nociones Generales De La Libertad De Empresa En Colombia”. Revista e- mercatoria. Volumen 4, Número 1. Pág.6
- Sánchez, W (2020). Análisis de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI: Derecho a la libertad de empresa en el modelo de negocio de los cines frente al derecho a elegir de los consumidores. Tesis para optar el Grado de Máster en Derecho de la Empresa con mención en Regulación del Mercado. Universidad de Piura.
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4723/MAE_DER_DE-RM_2001.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Secretaría de Defensa del Consumidor y el Usuario. Institucional – Nosotros Recuperado de http://www.sedeco.gov.py/?page_id=10.
- Superintendencia de Industria y Comercio colombiana (2017). Radicación: 17-30407 – 1.
- Stiglitz, R. (2001) Contrato de consumo y cláusulas abusivas. Rubén S. Stiglitz (dirs.), Contratos, Libro Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001.
- Tambusini (2018). Prácticas Abusivas De Los Proveedores Y El Deber De Trato Equitativo Y Digno Al Consumidor Lex - Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencia Política Vol. 16, Núm. 21.
- Tassano (2016). Competencia y regulación. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 76, 2016 pp. 105-121.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/14850/15392>.

- Traverso, D (2013). El acceso a la información bancaria para los propósitos tributarios y su ponderación con el derecho bancario: análisis constitucional. Revista Ius Et Veritas. Pag.323.
- Tribunal Constitucional Expediente N°0003-2003-AI-TC.
- Tribunal Constitucional Expediente N°3330-2004-AA-TC.
- Tribunal Constitucional Expediente N° 00579-2008-AA -TC.
- Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC.
- Torres, I (2010). Dos lecturas sobre la libertad de empresa. Revista Española de Derecho Constitucional. ISSN: 0211-5743, núm. 88, enero-abril (2010), págs. 381-390.
- Urrutia (2018). Cine y libertad de empresa. Visión desde y para RRHH. Columna dominical “El Factor Humano”.04 de marzo del 2018
<https://es.linkedin.com/pulse/cine-y-libertad-de-empresa-visi%C3%B3n-desde-para-rrhh-jorge-urrutia>
- Véliz, J. A., & Velásquez, D. S. (2017). Delimitación del Derecho a Elegir Libremente entre Productos y Servicios. Recuperado el 13 de octubre de 2020, de Derecho & Sociedad 49:
<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6754548.pdf>.
- Vivas, C (2020). Derechos de los consumidores. Educar Consumidores. Colombia.
<https://educarconsumidores.org/wp-content/uploads/2020/04/1.-Derechos-de-los-consumidores.pdf>.