

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ  
Facultad de Derecho**



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

**“Alto. ¿Peligro para los derechos de los consumidores?  
Los contratos por adhesión, las cláusulas generales de  
contratación y las cláusulas abusivas”**

Trabajo académico para optar el título de Segunda  
Especialidad en Derecho Administrativo

Autora:

***Zelma Nahomi Munaila Vallenias***

Asesor(es):

***Alejandro Martín Moscol Salinas***

Lima, 2021

*A Marina, por creer siempre en mi  
y haber compartido su última sonrisa conmigo.*

## **RESUMEN**

El presente artículo académico tiene por finalidad evidenciar la vulneración al derecho a la libertad de empresa, en específico, el derecho a libertad de organización, correspondiente a la cadena de cines CINEPLEX S.A transgredido mediante la decisión emitida en la Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI donde se calificó a la restricción establecida por la cadena de cines consistente en la prohibición del ingreso con productos comestibles adquiridos fuera de sus establecimientos a sus salas como una cláusula abusiva de ineficacia absoluta.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta importante considerar la legislación y doctrina administrativa y constitucional que coadyuvarán a realizar el análisis de este caso. Finalmente, el presente artículo concluye que la cadena de cines CINEPLEX S.A. en virtud a su derecho a la libertad de empresa tiene la posibilidad de organizar y estructurar su negocio de la manera que le parezca más conveniente y, asimismo, esto no implica la vulneración de los derechos de los consumidores como el derecho a elegir o el derecho a la información como lo asegura INDECOPI.

### **Abstract**

The purpose of this academic article is to demonstrate the violation of the right to freedom of business, specifically, the right to freedom of organization, corresponding to the cinema chain CINEPLEX SA violated by the decision issued in Resolution No. 0219-2018 / SPC-INDECOPI by the INDECOPI where the restriction established by the chain of cinemas consisting of the prohibition of entering their rooms with food or beverages purchased outside their establishments was classified as an abusive clause of ineffectiveness absolute.

In this way, it is important to consider the administrative and constitutional legislation and doctrine that will contribute to the analysis of this case. Finally, this article concludes that the cinema chain CINEPLEX S.A. By virtue of your right to freedom of business, you have the possibility of organizing and structuring your business in the way that seems most convenient to you and, likewise, this does not imply the violation of consumer rights such as the right to choose or the right to the information as assured by INDECOPI.

**Palabras clave**

INDECOPI- contratación masiva- cláusulas abusivas – derecho a elegir –derecho a la información –derecho a la libertad de empresa –derecho a la libertad de organización

**Keywords**

INDECOPI- massive contracting- abusive clauses - right to choose - right to information - right to freedom of business - right to freedom of organization

# ÍNDICE

1. Introducción.....	1
2. Capítulo I: Marco general y contenido de los contratos por adhesión, las cláusulas generales de contratación, cláusulas abusivas y derechos de los consumidores.....	2
2.1 Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación.....	2
2.2 Cláusulas abusivas y su regulación.....	5
2.3 Derechos de los consumidores .....	6
2.3.1 Derecho a elegir y el derecho a la información.....	6
3. Capítulo II: CINEPLEX vs. ASPEC ¿Existen derechos afectados?.....	8
3.1 Derecho a la libertad de empresa.....	8
4. Conclusiones .....	13
5. Recomendaciones.....	16
6. Bibliografía .....	17

## **1. INTRODUCCIÓN**

Mediante la Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI, la Sala de Protección al Consumidor dispuso que los consumidores podrán ingresar con alimentos adquiridos fuera de los establecimientos de CINEPLEX S. A. a sus salas de cine. Esta medida, motivada por la defensa de los derechos correspondientes a los consumidores, ataca directamente al derecho a la libertad de empresa de la cadena de cines.

Para poder explicar lo mencionado, partiré en el primer capítulo por comentar la naturaleza de la relación contractual existente en este tipo de negocios y los derechos involucrados de sus consumidores. Para lo cual, comentaré el marco jurídico aplicable partiendo de la definición jurídica de contratación masiva, contratos por adhesión, cláusulas generales de contratación y los derechos implicados de los consumidores como son el derecho a elegir y el derecho a la información.

Por otro lado, en el segundo capítulo, comentaré mi postura acerca de cómo la decisión de la Sala de Protección al Consumidor de INDECOPI vulnera el derecho a la libertad de empresa correspondiente a la cadena de cines CINEPLEX S. A. en específico, su libertad de organización, parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa; y, la restricción impuesta no puede ser calificada como una cláusula abusiva de ineficacia absoluta.

# CAPÍTULO I

## **Marco general, alcances y contenido de los contratos por adhesión, las cláusulas generales de contratación, cláusulas abusivas y derechos de los consumidores**

### **2.1 Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación**

El desarrollo tecnológico constante de las últimas décadas —parte fundamental del proceso de globalización— ha conseguido la interconexión de nuestro planeta en tiempo récord. Una de las industrias que más se ha beneficiado de este proceso es la del cine. Sin necesidad de emprender largos viajes podemos disfrutar de películas producidas en Estados Unidos, Gran Bretaña, India u otros países, con tan solo adquirir una entrada. Pero ¿cómo funciona esta industria?, ¿qué tipo de contratación emplean los proveedores en este caso?

En la actualidad, los consumidores que asistimos a las salas de cine nos vemos bombardeados de ofertas para adquirir productos o servicios; y con tan solo un “sí” aceptamos las condiciones formuladas por el proveedor. A este tipo de contratación se le ha denominado contratación masiva o en masa.

Este modelo contractual se desarrolló con el objetivo de comercializar bienes que adquirieron un nivel alto de homogeneidad; de esta manera, se puede facilitar intercambios que se repiten sistemáticamente en el mercado bajo condiciones equivalentes.<sup>1</sup> Es decir, se ha generado una estandarización de los contratos, lo que permite a los proveedores reducir los costos de transacción y así lograr un mayor beneficio.

---

<sup>1</sup> El fenómeno moderno de la contratación masiva: bases para los contratos por adhesión y cláusulas generales de contratación.  
Disponible en :[https://ius360.com/el-fenomeno-moderno-de-la-contratacion-masiva-bases-para-los-contratos-por-adhesion-y-las-clausulas-generales-de-contratacion/#\\_ftn4](https://ius360.com/el-fenomeno-moderno-de-la-contratacion-masiva-bases-para-los-contratos-por-adhesion-y-las-clausulas-generales-de-contratacion/#_ftn4)

Es así como este nuevo tipo de contratación —despersonalizado y célere— ha instaurado nuevas figuras contractuales, como son los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, ambas reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. A continuación, nos referiremos a los primeros.

El derecho peruano ha establecido dentro del artículo 1390° del Código Civil que nos encontramos frente a un contrato 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; es decir, las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes, de manera que el otro no puede modificarlas y solo puede aceptarlas o rechazarlas adhiriéndose a lo preestablecido.<sup>2</sup>

Por otro lado, el artículo 1392° del Código Civil define a las cláusulas generales de contratación como aquellas que son redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objetivo de fijar el contenido normativo de una serie de futuros contratos particulares y con elementos propios de estos.

Es así como, a través de las cláusulas generales de contratación, una empresa o un conjunto de empresas<sup>3</sup> estipulan, preventivamente y de forma unilateral, las condiciones que son publicadas o dadas a conocer con miras a que se celebren una serie indefinida de contratos individuales, los cuales solo tendrán carácter vinculatorio cuando se celebren los respectivos contratos.<sup>4</sup>

Tal es así que al acercarnos a la boletería de los cines tenemos establecida previamente la cartelera, las funciones, el precio del ticket (que varía de acuerdo al día de la semana y , en

---

<sup>2</sup> STIGLITZ, Rubén, Gabriel STIGLITZ. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. pp. 50.

<sup>3</sup> Otro ejemplo de este tipo de contratación son los contratos de las tarjetas de crédito, donde el emisor (un banco determinado) plantea una serie de cláusulas en las que establece la línea de crédito, los derechos del emisor, los supuestos de modificación del contrato, los casos de terminación anticipada del contrato por el emisor, los medios reconocidos para que el consumidor presente sus reclamos y la normativa aplicable. Entonces, es importante recalcar que el consumidor no redacta ninguna de las cláusulas de este contrato, solo lee la información presentada y decide aceptar o no.

<sup>4</sup> SOTO, Carlos. Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos prediscupestos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2003, p. 563-609.

algunos casos, a la edad de los usuarios). Condiciones reguladas de manera anticipada por el proveedor que permiten una contratación celer y práctica que beneficia a ambas partes.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante CPDC), en su artículo 48°, ha establecido como requisitos para las cláusulas contenidas en un contrato de consumo por adhesión o para las cláusulas generales de contratación lo siguiente: concreción, claridad, sencillez en la redacción, accesibilidad y legibilidad; todo ello, con la finalidad de que el consumidor esté informado antes de suscribir el contrato.

Existen diversas opiniones acerca de estas figuras contractuales. Algunos argumentan que la falta de negociación, característica esencial de los contratos, pone en riesgo los derechos de los consumidores; mientras que otros, afirman que la ausencia de negociación permite la celeridad y óptimo funcionamiento del mercado.

Así lo plantea De La Puente (1991), quien sugiere que el “uso de los contratos de adhesión por parte de empresas que ocupan una situación de monopolio persigue el fin de imponer condiciones que no están dispuestas a negociar, pues saben que a la corta o a la larga serán aceptadas”(p.172)<sup>5</sup>. A esta modalidad el autor denomina como contratos prácticamente necesarios

Por otro lado, el docente Priest (2001) argumenta que “de la misma manera como los productos y servicios son estandarizados, los términos de los contratos de estos productos representan el común denominador; es decir, aquellos términos contractuales que son mejor aceptados por el consumidor promedio de la población. En cambio, los consumidores que no son promedio o que quieren algo diferente al común denominador podrán optar por un producto diferente, porque tienen la posibilidad de desembolsar más dinero por algo mejor” (p.164).<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> DE LA PUENTE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, T. III. PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1991, p. 172.

<sup>6</sup> PRIEST, George L. Reflexiones respecto de la contratación masiva. En autores varios. ¿Por qué hay que cambiar el Código Civil? Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Fondo Editorial, 2001, pp. 164.

Asimismo, Escobar (2011) señala que “no puede considerarse como ineficiente el procedimiento de contratación planteado por los contratos por adhesión, puesto que nadie puede obligar al proveedor de bienes o servicios a negociar. Todo proveedor debe poder elegir si desea o no colocar sus productos a través de negociaciones; de lo contrario, cualquier regulación que imponga límites a la libertad contractual, por el simple hecho de que no exista espacio para la negociación de las cláusulas del contrato, es ineficiente e inmoral”(p.263).<sup>7</sup>

Sin embargo, no todo es positivo dentro de este tipo de contratación. Puede que el proveedor, al encontrarse en una situación de poder o ventaja frente al consumidor, emplee de manera perversa las condiciones establecidas generando una situación de abuso. A esta figura se le ha denominado como “cláusulas abusivas”.

## **2.2 Cláusulas abusivas y su regulación**

El artículo 1398° del Código Civil establece que no será válido que se determinen exoneraciones o limitaciones de responsabilidad u otras ventajas a favor de quien ha formulado las cláusulas generales de contratación.

Asimismo, el artículo 49° del CPDC menciona que en los contratos por adhesión se consideran cláusulas abusivas a todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que coloquen al consumidor en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

En el ámbito internacional, la Comunidad Económica Europea emitió la Directiva 93/13/CEE donde establece los lineamientos para proteger al ciudadano en su papel de consumidor mediante la adopción de normas uniformes. En su artículo 3 numeral 1 se define de manera similar a nuestra legislación a las cláusulas abusivas enfatizando en la existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en perjuicio del consumidor.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> ESCOBAR, Freddy. Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú. Universidad del Pacífico. Lima: 2011. pp. 263.

<sup>8</sup> Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Artículo 3°. 02 de abril de 2011.

## 2.3 Derechos de los consumidores

Hemos comentado acerca del tipo de contratación empleada en la industria del cine, ahora nos toca referirnos al consumidor. En el presente escenario, los principales derechos implicados correspondientes a los consumidores son el derecho a elegir y el derecho a la información. ¿En qué consisten? La legislación y la doctrina nos brindan la respuesta.

### 2.3.1 Derecho a elegir y el derecho a la información

La legislación peruana ha regulado el derecho a elegir desde la promulgación del Decreto Legislativo N° 716 de 1991, Ley de Protección del Consumidor. Dentro de su artículo 5° literal c) se incluyó el derecho de los consumidores a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen.

Posteriormente, en el año 2010, con la promulgación del CPDC, también se incluyó este derecho dentro del artículo 1° inciso 1 literal f):

#### **Artículo 1.- Derechos de los consumidores**

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

(...)

**f.** 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.

Este derecho posee dos aspectos. El primero, está referido a que la elección que se lleve a cabo debe ser libre; el segundo, relacionado con el hecho mismo de la elección. En el primer caso, escoger libremente el bien que deseamos adquirir se traduce en un acto voluntario que busca satisfacer una necesidad o, simplemente. En el segundo caso, si bien es cierto el consumidor tiene derecho a elegir, deberá ser capaz de hacerlo bien; esto quiere decir que

si escoge un bien o servicio que es ofrecido por el comercio informal no estará protegido por la ley del consumidor.<sup>9</sup>

Adicionalmente, como se evidencia en el artículo citado se estableció que el derecho a elegir debe ser aplicado de manera conjunta con el derecho a la información. En la misma línea, el artículo 65° de nuestra Constitución estipula que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios; y para poder lograrlo garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.

Asimismo, el CPDC también regula este derecho de manera específica en su artículo 1° literal b) y establece que los proveedores deben ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que vaya acorde a sus intereses. De esta manera, este Código busca evitar que el consumidor caiga en confusiones, por lo que estipula que la información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, en idioma castellano y oportuna.<sup>10</sup>

En relación a esto, Bullard (2011) sostiene que “el objetivo de la contratación masiva no es la simetría informativa, sino la información adecuada; entendiéndose como adecuada aquella información cuya producción para el consumidor cuesta menos que los beneficios que genera, lo cual evitará generar transacciones ineficientes” (p.46).<sup>11</sup>

Tras haber analizado la relación contractual en la industria del cine, podemos afirmar que nos encontramos frente a una relación asimétrica entre el proveedor y el consumidor que se plasma cuando este último acude a las salas de cine y celebra una serie de contratos por adhesión donde ve involucrados su derecho a elegir y a recibir información acerca de los productos o servicios que adquiere. Asimismo, esto no implica que por el solo hecho de existir una relación asimétrica el proveedor abuse de su posición y vulnere los derechos de los consumidores, hecho que al parecer no comprendió del todo la Sala.

---

<sup>9</sup> CONADECUS. *Los derechos del consumidor*. Disponible en: <http://www.conadecus.cl/conadecus/?p=386>

<sup>10</sup>MARAVI, Alfredo. “Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú”. *Revista de Actualidad Mercantil*. Lima, pp-35

<sup>11</sup> BULLARD, Alfredo. ¿Es el consumidor idiota?. *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima: Fondo Universidad del Pacífico. 2011. pp.46-48.

## Capítulo II

### CINEPLEX vs. ASPEC ¿Existen derechos afectados?

#### 3.1 Libertad de empresa

La Constitución de 1993 estipuló dentro de su artículo 58° del Título III, que nuestro país se rige bajo una economía social de mercado y que la iniciativa privada es libre, siendo así que el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Bajo este modelo, el Estado debe procurar el bienestar general de todos sus ciudadanos mediante la formulación y ejecución de políticas sociales que satisfagan sus necesidades pero también a través del respeto de sus libertades económicas.

Uno de los principales derechos relacionados al régimen económico adoptado por nuestro país es el regulado en el artículo 59° de nuestra constitución, el derecho a la libertad de empresa. De acuerdo con este, el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

Este derecho representa la base sobre la cual se construye el sistema económico constitucional<sup>12</sup>. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, el contenido esencial de este derecho comprende cuatro tipos de libertades<sup>13</sup>: en primer lugar, el derecho a la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; en segundo lugar, la libertad de organización;

---

<sup>12</sup> En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa junto a otros derechos, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Asimismo, la Constitución en su artículo 60° reconoce el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional.

Tribunal Constitucional. Sentencia N° 01405-2010-PA/TC.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>

<sup>13</sup> para Landa, el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa radica en la autonomía de la voluntad para crear libremente empresa, elegir el modelo empresarial con el cual actuar, poder acceder a cualquier sector económico de producción o servicios, la capacidad de auto organización empresarial.

LANDA, César. “Principios Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el Marco de la Constitución Económica de 1993”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, pp. 36.

en tercer lugar, la libertad de competencia y, por último, la libertad para cesar las actividades.<sup>14</sup>

Es así como, cuando nuestra Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas sino también, para actuar en el mercado, para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado.<sup>15</sup>

Para efectos del análisis del caso nos concentraremos en el segundo ámbito de la libertad de empresa: la libertad de organización. Esta implica que el empresario y sus colaboradores poseen el derecho a elegir el objeto, nombre, tipo de empresa, facultades de los administradores y política publicitaria, que consideren adecuados. Todos estos aspectos se encuentran parcialmente limitados las cuales son legítimas siempre y cuando respeten el derecho a ejercer o dejar de ejercer la actividad objeto de regulación.<sup>16</sup>

La cadena de multicines CINEPLEX, en ejercicio de su libertad a la organización, tiene la potestad de estructurar y diseñar su negocio de la manera que le parezca más conveniente; es decir, tiene el derecho a establecer las estrategias comerciales que crea necesarias y a plantear restricciones que permitan un óptimo funcionamiento de la empresa.<sup>17</sup>

Esta cuenta con una participación del 53 % del mercado. De acuerdo con su Memoria Anual 2020, esta empresa durante el 2019 recaudó en ingresos por ventas un total de 500, 822

---

<sup>14</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia N° 3330-2004-AA/TC.

<sup>15</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia N° 01405-2010-PA/TC.

<sup>16</sup> KRESALJA, Baldo. “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado”. En HOMENAJE A JORGE AVENDAÑO. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, pp. 543

<sup>17</sup> Una muestra de ello es el cambio en la estructura del negocio de los cines. Desde la década de los noventa, los cines con edificaciones arquitectónicas imponentes y con un diseño de empresa tradicional fueron desapareciendo; es a partir de entonces que se imponen los multicines o multiplexes, un modelo seguido desde los años setenta en los Estados Unidos. En la actualidad, se reconoce que la estructura de este negocio no consta exclusivamente de la exhibición de películas, sino que parte importante del mismo se encuentra en la venta de dulcería, con la que se recupera costos de inversión y operación de sus locales.

*¿Cómo se mueve la industria del cine en el Perú?* Consulta: 10 de noviembre de 2021.

<https://elcomercio.pe/eldominical/actualidad/mueve-industria-cinematografica-peru-413161-noticia/>

soles; mientras que para el 2020 sus ingresos descendieron a un total 90,579 soles, tal y como se observa en el siguiente cuadro<sup>18</sup>:

### III.1 Información del Estado de Resultados (en miles de Soles)

	A Diciembre 2020	A Diciembre 2019
<b>Ingresos por ventas</b>		
Taquilla	43,558	254,430
Dulcería	40,746	202,891
Publicidad	3,268	16,203
Otros	3,007	27,298
<b>Total ingresos</b>	<b>90,579</b>	<b>500,822</b>
<b>Costos</b>		
Costos de operación y ventas	-125,926	-326,346
<b>Utilidad Bruta</b>	<b>-35,347</b>	<b>174,476</b>
<b>Gastos operativos</b>		
Gasto de administración	-17,286	-31,326
Gasto de ventas	-1,600	-6,810
Otros	29,239	-1,573
<b>Total gastos operativos</b>	<b>10,353</b>	<b>-39,709</b>
<b>Utilidad operativa</b>	<b>-24,994</b>	<b>134,767</b>
Gastos financieros	-41,673	-39,172
Ingresos financieros	1,165	2,880
Ingresos por dividendos	0	9,999
Diferencias en cambio	-11,455	1,680
<b>Utilidad antes de impuestos</b>	<b>-76,957</b>	<b>110,154</b>
Impuesto a la renta	11,805	-33,816
<b>Utilidad neta</b>	<b>-65,152</b>	<b>76,338</b>

Fuente: Estados financieros del Emisor auditados para los años 2020 y 2019.

Como vemos, pese al descenso en los ingresos, entre el 2019 y 2020, después del rubro taquilla, lo recaudado por ventas en dulcería representa el segundo ingreso principal para la cadena de cines, llegando a recaudar 202,891 soles en el año 2019 y 40,736 soles en el año 2020.

De esta manera, resulta lógico que la cadena de cines, en ejercicio de su libertad de organización, establezca la prohibición de ingresar con productos alimenticios adquiridos

<sup>18</sup> Superintendencia del Mercado de Valores *Memoria Anual 2020 CINEPLEX S.A.* Véase en: [https://www.smv.gob.pe/Frm\\_Memorias.aspx?data=2D35A3E6CB535D302E24E7A42B0434B98A19E6FF89F61505FB4B13DA25C8653096E32D38AF94A7FE26653F0CEA74AE8D18F4C2](https://www.smv.gob.pe/Frm_Memorias.aspx?data=2D35A3E6CB535D302E24E7A42B0434B98A19E6FF89F61505FB4B13DA25C8653096E32D38AF94A7FE26653F0CEA74AE8D18F4C2)

fuera de sus locales, y más aún cuando se ha demostrado que su segundo principal ingreso se debe a la venta de alimentos dentro de sus establecimientos. Por lo tanto, esta prohibición no podría ser considerada como una cláusula abusiva de ineficacia absoluta.

Por lo tanto, podemos afirmar que la venta de productos alimenticios por la cadena de cines es una condición esencial del servicio que no solo se circunscribe a la proyección de películas. La Sala con la decisión emitida estaría vulnerando el contenido esencial de derecho a la libertad de empresa correspondiente a CINEPLEX S.A en el aspecto a su libertad de organización.

Por otro lado, de acuerdo con Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI, la restricción estipulada por CINEPLEX S.A es una cláusula abusiva de ineficacia absoluta conforme a lo regulado por los artículos 49° numeral 1 y 50° inciso e) del CPDC. Como vemos, el referido artículo hace mención expresa de determinados derechos que son protegidos ante limitaciones impuestas por los proveedores por lo que podríamos afirmar que el mencionado artículo solo es aplicable en los casos de afectación a los derechos mencionados previamente u otros que estén relacionados con el derecho de obligaciones mas no, como lo ha aplicado el Colegiado en la Resolución comentada.

La decisión emitida por la Sala no tendría un respaldo legal puesto que, se habría llevado a cabo una interpretación forzada del inciso e) por lo que la calificación de la restricción impuesta por CINEPLEX S.A. como cláusula abusiva de ineficacia absoluta es ilegal. Dentro de nuestra legislación, no contamos con alguna normativa que establezca que los consumidores tienen el derecho a ingresar con sus alimentos a las salas de cine.

Si bien es cierto, se ha aplicado una medida correctiva a CINEPLEX S.A; a la fecha, siguen operando negocios del mismo rubro en nuestro país a los que no se les habría aplicado tal restricción.

Esto ha sido evidenciado por la Sentencia del Décimo Primer Juzgado Constitucional Sub Especializado en Asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi correspondiente al expediente N° 03635-2018-0-1801-JR-CI-11. En su numeral 51 manifestó que :

INDECOPI no ha negado la existencia de otras empresas que estén incurriendo en este mismo tipo de práctica, por lo que debe considerarse que existe una distorsión en el mercado al generarse privilegios.(...)

De igual manera, concluye en su numeral 53 que la decisión de INDECOPI estaría afectando la libre competencia y a los derechos de igualdad y no discriminación:

En consecuencia, INDECOPI, al haber dispuesto una medida correctiva, en defensa del consumidor, debió prever que dicha medida no afecte otra de sus funciones, pues en efecto, ha generado una distorsión en el mercado, permitiendo que la denominada cláusula abusiva subsista para otras empresas que realizan el mismo negocio, extremo que debe considerarse una afectación a la libre competencia y a los derechos de igualdad y no discriminación.

Por lo tanto, ¿es o no una cláusula abusiva no permitir a los consumidores ingresar con alimentos adquiridos fuera de sus establecimientos? Si la respuesta fuera sí, ¿no debería haberse aplicado la medida correctiva a todos los establecimientos que aplican esta prohibición?

Al igual que el Juzgado considero que INDECOPI tenía la obligación de prever si una medida correctiva afectaría el mercado y generaría un privilegio para otros administrados en detrimento de CINEPLEX. En virtud del artículo 107° del CPDC , la Entidad tenía la obligación de perseguir de oficio todas las infracciones cometidas por los agentes económicos, así estas no hayan sido denunciadas.

Asimismo, de acuerdo con el numeral 1.3 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante ,LPAG), las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

#### 4. CONCLUSIONES

- La contratación masiva se desarrolló con el objetivo de agilizar la contratación y permitir reducir los costos de transacción.
- Este nuevo tipo de contratación ha instaurado nuevas figuras contractuales, como son los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, ambas reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, en específico en los artículos 1390° y 1392° del Código Civil.
- A través de los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación se estipulan, de forma unilateral, las condiciones que regirán un contrato. De esta manera, al acercarnos a la boletería de los cines tenemos establecida previamente la cartelera, las funciones y el precio del ticket . Condiciones reguladas de manera anticipada por el proveedor que permiten una contratación celer y práctica que beneficia a ambas partes.
- Existen opiniones a favor o en contra de este tipo de contratación. Algunos argumentan que la falta de negociación, característica esencial de los contratos, pone en riesgo los derechos de los consumidores; mientras que otros, afirman que la ausencia de negociación permite la celeridad y óptimo funcionamiento del mercado.
- Por otro lado, el proveedor puede emplear de manera perversa las condiciones establecidas en el contrato a lo que se le ha denominado como cláusulas abusivas; estas se encuentran reguladas en el artículo 1398° del Código Civil y en el artículo 49° del CPDC.
- De esta manera, se hace necesario que los ordenamientos jurídicos establezcan sistemas de control en caso los derechos de los consumidores enfrenen un riesgo de afectación; así, se tendrá un control administrativo, judicial y legislativo.
- Por el lado del consumidor, en la industria del cine, los derechos implicados son el derecho a elegir y el derecho a la información, regulados por los artículos 1° inciso 1 literal f) y el artículo 1° literal b) del CPDC, respectivamente. Los cuales deben ser aplicados de manera conjunta.
- Es así como, podemos afirmar que nos encontramos frente a una relación asimétrica entre el proveedor y el consumidor que se plasma cuando este último acude a las salas de cine y celebra una serie de contratos por adhesión donde ve involucrados su derecho a elegir y a recibir información acerca de los productos o servicios que adquiere. Asimismo, esto no implica que por el solo hecho de existir una relación

asimétrica el proveedor abuse de su posición y vulnere los derechos de los consumidores, hecho que al parecer no comprendió del todo en su Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI.

- Si bien, por un lado, la Sala procuró proteger los derechos de los consumidores, por el otro, vulneró el derecho a la libertad de empresa correspondiente a la cadena de cines CINEPLEX S. A.
- Nuestro país se rige bajo una economía social de mercado reconocida en nuestra Constitución, en específico en el artículo 58°. Asimismo, reconoce el derecho a la libertad de empresa en el artículo 59° del mismo cuerpo legal.
- En esta línea, el Tribunal Constitucional ha estipulado que el contenido esencial de derecho comprende cuatro tipos de libertades en primer lugar, el derecho a la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; en segundo lugar, la libertad de organización; en tercer lugar, la libertad de competencia y, por último, la libertad para cesar las actividades.
- En el caso analizado, nos concentramos en el el segundo ámbito de la libertad de empresa: la libertad de organización. Esta implica que el empresario y sus colaboradores poseen el derecho a elegir el objeto, nombre, tipo de empresa, facultades de los administradores, y política publicitaria, que consideren adecuados.
- Es así como podemos concluir que la cadena de multicines CINEPLEX, en ejercicio de su libertad a la organización, tiene la potestad de estructurar y diseñar su negocio de la manera que le parezca más conveniente; es decir, tiene el derecho a establecer las estrategias comerciales que crea necesarias y a plantear restricciones que permitan un óptimo funcionamiento de la empresa.
- En función a su Memoria Anual 2020, CINEPLEX S.A pese al descenso en los ingresos, entre el 2019 y 2020, después del rubro taquilla, lo recaudado por ventas en dulcería representa el segundo ingreso principal para la cadena de cines, llegando a recaudar 202,891 soles en el año 2019 y 40,736 soles en el año 2020.
- Por lo tanto, resulta lógico que la cadena de cines, en ejercicio de su libertad de organización, establezca la prohibición de ingresar con productos alimenticios adquiridos fuera de sus locales, y más aún cuando se ha demostrado que su segundo principal ingreso se debe a la venta de alimentos dentro de sus establecimientos. Por lo tanto, esta prohibición no podría ser considerada como una cláusula abusiva de ineficacia absoluta.

- Por otro lado, de acuerdo con la Sala, la restricción estipulada por CINEPLEX S.A es una cláusula abusiva de ineficacia absoluta conforme a lo regulado por los artículos 49° numeral 1 y 50° inciso e) del CPDC, estos hacen mención expresa de determinados derechos que son protegidos ante limitaciones impuestas por los proveedores por lo que podríamos afirmar que el mencionado artículo solo es aplicable en los casos de afectación a los derechos mencionados mas no como lo ha aplicado el Colegiado.
- La decisión emitida por la Sala no tendría un respaldo legal puesto que, se habría llevado a cabo una interpretación forzada del inciso e) por lo que la calificación de la restricción impuesta por CINEPLEX S.A. como cláusula abusiva de ineficacia absoluta es ilegal. Dentro de nuestra legislación, no contamos con alguna normativa que establezca que los consumidores tienen el derecho a ingresar con sus alimentos a las salas de cine.
- Se aplicó una medida correctiva a CINEPLEX S.A sin embargo a la fecha siguen operando negocios del mismo rubro en nuestro país a los que no se les habría aplicado tal restricción (no prohibir a los consumidores el ingreso a sus salas de cines con alimentos adquiridos fuera de sus establecimientos). La Sentencia del Décimo Primer Juzgado Constitucional Sub Especializado en Asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi correspondiente al expediente N° 03635-2018-0-1801-JR-CI-11, lo evidenció.
- Además, agregó que la decisión de INDECOPI estaría afectando la libre competencia y a los derechos de igualdad y no discriminación.
- Al igual que el Juzgado considero que INDECOPI tenía la obligación de prever si una medida correctiva afectaría el mercado y generaría un privilegio para otros administrados en detrimento de CINEPLEX. En virtud del artículo 107° del CPDC y del numeral 1.3 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, la Entidad tenía la obligación de perseguir de oficio todas las infracciones cometidas por los administrados , así estas no hayan sido denunciadas.

## 5. RECOMENDACIONES

Es importante recomendar al INDECOPI tomar en consideración las distintas perspectivas que ofrece un caso. En lo que respecta al caso analizado, si bien es importante atender las denuncias presentadas por los consumidores, es igual de trascendental prever el impacto en los demás administrados y en el mercado involucrado.

Si INDECOPI considera que la restricción establecida por la cadena de cines vulnera los derechos de los consumidores, en específico, el derecho a elegir y a la información, por lo tanto, es importante que siga un procedimiento contra los demás administrados que aplican tal restricción en sus negocios; de lo contrario, como se ha mencionado en este artículo, se estaría discriminando y aplicando medidas correctivas solo a ciertos administrados.



## 6. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, Ernesto.

2015 “El modelo económico de la Constitución Peruana”. *Ius et Veritas*. Lima, número 48, pp. 258.

ARANA, María del Carmen

2010 “Contrato de Consumo: cláusula abusiva”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Lima, 2010, Volumen 6, número 10, pp. 59-90.

BULLARD, Alfredo.

2006 El derecho a equivocarse. La contratación masiva y la protección del consumidor. Palestra Editores, 2006, pp 497-666.

CALDERÓN, Ximena

2009 “Cláusulas Abusivas”. *Derecho y Sociedad*. Lima, 2009, número 34, pp.151- 164.

CÁRDENAS, Carlos

1996 “Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas”. *Ius Et Veritas*. Lima, 1996, número 13, pp. 19-35.

CARDENAS, Juan Pablo

2003 “La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo”. *Revista Jurídica del Perú*. Número 47. Trujillo: 2003, p.27.

DURAND, Julio

2004 *el Derecho del Consumidor como disciplina jurídica autónoma*. Tesis para obtener el grado de doctor. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

ESCUDERO, Luis

2017 *El concepto de consumidor y sus alcances a la luz de la jurisprudencia de la Sala Especializada en protección al consumidor de INDECOPI*". Tesis para obtener grado de magíster. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad del Derecho.

ESPINOZA, Juan.

Primeras reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor". *Actualidad Jurídica*. N°202, Gaceta Jurídica, pp.16.

EZPINOZA, Juan

2008 "Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente". *Themis*. Lima, número 38, pp. 149.

FUENTES, Juan y David, SÁNCHEZ.

2014 "Reflexiones en torno al derecho a elegir libremente entre productos y servicios: un breve análisis casuístico". *Derecho y Sociedad*. Lima, número 47, pp. 28.

KRESALJA, Baldo.

2004 "La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado". En *Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial PUCP, pp.531

LANDA, César.

2011 "Principios Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el Marco de la Constitución Económica de 1993". *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, pp. 34.

PRIEST, George L.

2001 Reflexiones respecto de la contratación masiva. En Autores varios. ¿Por qué hay que cambiar el Código Civil? Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, p. 164.

PUENTE Y LAVALLE, Manuel

1995 “Las cláusulas generales de contratación y protección al consumidor”. *Themis*.  
Lima,1995, número 31, pp. 15-22.

RODRIGUEZ, Reyley.

2013 “Tutela del consumidor contra cláusulas abusivas”.*Revista Oficial del Poder Judicial*. Lima,2013, número 8, pp 245-289.

STIGLITZ, Rubén, Gabriel STIGLITZ

1985 *Contratos por Adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Depalma.

TORRES, Manuel Alberto

2011 *Cláusulas abusivas en el nuevo Código de Defensa y Protección del Consumidor*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

## PÁGINAS WEB

DIARIO EL COMERCIO

*Cines: INDECOPI atenta contra libertad de empresa*. Consulta: 20 de setiembre de 2021  
<https://elcomercio.pe/economia/peru/cines-resolucion-indecopi-atenta-libertad-empresa-noticia-502962>

DIARIO EL COMERCIO

*El fallo del Indecopi en el caso de los cines, por Alejandro Falla*. Consulta: 20 de setiembre de 2021

<https://elcomercio.pe/opinion/fallo-indecopi-caso-cines-cinemark-cineplanet-alejandro-falla-noticia-501576>

DIARIO COMERCIO. *libertad bamba*. Consulta: 20 de setiembre de 2021

<https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/cineplex-indecopi-cine-consumidores-servicio-libertad-bamba-alfredo-bullard-noticia-501610>

DIARIO EXPRESO

*¿Cláusulas abusivas o libertad empresarial?* Consulta: 22 de setiembre de 2021

<https://www.pressreader.com/peru/diario-expreso-peru/20180304/282041917632800>

DIARIO GESTIÓN

*fallo de INDECOPI sobre cines posibilitaría a consumidores definir oferta de servicios en contra de empresas*. Consulta:

<https://gestion.pe/economia/empresas/fallo-indecopi-posibilitara-consumidores-definir-oferta-servicios-desmedro-proveedores-228779>

DIARIO GESTIÓN

*Ingreso de alimentos al cine en debate, especialistas comentan a favor y en contra de la disposición de INDECOPI*. Consulta: 22 de setiembre de 2021

<https://gestion.pe/economia/ingreso-alimentos-cine-debate-228150>

IUS 360°

*Las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores: a propósito del último pronunciamiento del tribunal de defensa de la competencia y la propiedad intelectual del INDECOPI*. Consulta:

<http://ius360.com/administrativo/>