

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre Resolución Final N° 849-2017-CC2 de
fecha 26 de mayo de 2017 del Expediente N.º 147-2017/CC2

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que
presenta:

Sergio Alejandro González Bendezú

ASESOR:
Wendy Rocio Ledesma Orbegozo

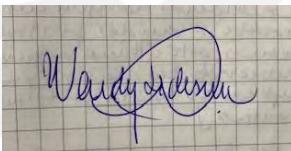
Lima, 2022

INFORME DE SIMILITUD

Yo, Wendy Rocio Ledesma Orbegozo, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora del informe jurídico titulado, “Informe Jurídico sobre Resolución Final N° 849-2017-CC2 de fecha 26 de mayo de 2017 del Expediente N.º 147-2017/CC2”, del autor Sergio Alejandro González Bendezú, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 26%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 24 de enero de 2023

Ledesma Orbegozo, Wendy Rocio	
DNI: 10803344	Firma
ORCID https://orcid.org/0000-0002-5290-8868	

RESUMEN

Para participar en el mercado, los agentes económicos adoptan distintas estrategias y formas de organizarse con la finalidad de que su oferta resalte por encima de la de sus competidores. Ello incluye, por su puesto, el tipo de modelo de negocio. En el mercado de los cines esto no funciona diferente. No obstante, hace unos pocos años, INDECOP, a través de la Sala Especializada en Protección al Consumidor emitió la Resolución N.^º 243-2018/SPC-INDECOP, a través de la cual sancionó con una amonestación a Cinemark por infringir el artículo 50 literal e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor al establecer que los consumidores que hayan adquirido un boleto para asistir a la función de una película en sus instalaciones puedan ingresar a las salas de cine con alimentos que no hayan sido adquiridos en su área de confitería.

Es por ello por lo que, en el presente trabajo, no solo analizaremos la discusión sustantiva sobre la comisión de la infracción antes mencionada, estableciendo como cuestión previa el rol del INDECOP como protector de los consumidores y del adecuado desarrollo del proceso competitivo; sino que, además, discutiremos sobre aspectos formales propios del procedimiento administrativo sancionador relativos a la imputación realizada durante el inicio y la sanción y medida correctiva impuestas hacia el final.

Para tal fin, hemos realizado un estudio de fuentes doctrinarias y legislativas, así como pronunciamientos de la Administración Pública y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Palabras clave

Constitución Económica – Cláusulas Abusivas – Principio de Tipicidad – Amonestación – Medidas Correctivas.

ABSTRACT

To participate in the market, economic agents adopt different strategies and forms of organization to make their offer stand out from those of their competitors. This includes, of course, the type of business model. This is also true in the film industry. However, a few years ago, INDECOPI, through the Specialized Chamber for Consumer Protection, issued Resolution No. 243-2018/SPC-INDECOPI, whereby it sanctioned Cinemark with a reprimand for infringing Article 50, Literal e), of the Code of Consumer Protection and Defense by establishing that consumers who have purchased a ticket to attend the screening of a movie in its facilities may enter the movie theaters with food that has not been purchased in its confectionery area.

That is why, in this legal report, we will not only analyze the substantive discussion on the commission of the infringement, establishing as a prior question the role of INDECOPI as a protector of consumers and the proper development of the competitive process, but we will also discuss formal aspects of the administrative sanctioning procedure regarding the imputation made at the beginning and the sanction and corrective measure imposed towards the end.

For this purpose, we have made a study of doctrinal and legislative sources, as well as pronouncements of the public administration and the jurisprudence of the Constitutional Tribunal.

Keywords

Economic Constitution – Abusive Clauses – Principle of Typicality – Reprimand – Corrective Measures

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	0
I. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Justificación de la elección de la resolución.....	1
1.2. Presentación del caso y análisis	2
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	3
2.1. Antecedentes	3
2.2. Hechos relevantes del caso	4
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	7
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	8
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	8
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	10
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	10
5.1. Primer Problema Jurídico Principal	11
5.1.1. ¿Es competencia de la Administración Pública, a través del INDECOPI, la intervención en el modelo de negocio de los cines como agentes económicos privados, por ejemplo, en el tipo de bienes o servicios que ofrecen a los consumidores en el mercado o en el precio que cobran por estos?	12
5.1.2. ¿La prohibición de entrada de alimentos adquiridos fuera del establecimiento constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta por limitar el derecho de elección de los consumidores?	22
5.2. Segundo Problema Jurídico Principal:	35
5.2.1. ¿La tipificación de la conducta de Cinemark referida a la imposición de una cláusula abusiva por restringir el acceso a sus salas de cine con alimentos que no hayan sido adquiridos en su área de confitería es correcta?	36
5.2.2. ¿La sanción impuesta por la SPC es coherente con el desarrollo de los fundamentos por los cuales se determinó la responsabilidad administrativa de Cinemark?	39
5.2.3. ¿Es la medida correctiva impuesta a Cinemark adecuada para cumplir los fines preventivos que propugna?	40
VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	41
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	43

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	<ul style="list-style-type: none"> - Exp. N.º 147-2017/CC2 (Primera Instancia) - Exp. N.º 1577-2017/SPC (Segunda Instancia)
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	<ul style="list-style-type: none"> - Protección al Consumidor - Derecho Administrativo, énfasis en: <ul style="list-style-type: none"> - Derecho Administrativo Sancionador. - Derecho Administrativo Económico.
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	<ul style="list-style-type: none"> - Resolución N.º 849-2017/CC2 (1ra Instancia) - Resolución N.º 243-2018/SPC-INDECOPI (2da Instancia)
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC)
DEMANDADO/DENUNCIADO	Cinemark del Perú S.R.L.
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Administrativa
TERCEROS	-

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

La razón por la cual elegí este expediente, Caso ASPEC vs Cinemark el cual versa sobre discusiones relacionadas al Derecho del Consumo en sede administrativa, se debe a su trascendencia, no solo jurídica, sino también social. No cabe duda de que, al estar involucrada una práctica comercial profundamente arraigada en nuestras costumbres (la venta de snacks para consumo durante funciones proyectadas en las instalaciones de los cines), la decisión final del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI sería de interés no solo para quienes nos desempeñamos en la asesoría legal, sino también para la ciudadanía en general.

Precisamente, aquella responsabilidad del INDECOPI de tutelar el mercado y a los consumidores a la vez es lo que, en mi opinión hace este caso tan relevante y llamativo. La presente controversia no solo trae a colación discusiones jurídicas propias de cómo es que hechos de nuestra realidad, incluso aquellos relacionados con prácticas comerciales usuales y costumbres de los consumidores, se subsumen a los supuestos de hecho previstos en la normativa (en este caso, el Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley N.º 29571; en adelante, “CODECO”); sino que, incluso más importante, introduce preguntas adicionales sobre la trascendencia del despliegue de la materialización de las consecuencias jurídicas de la norma, tanto para las empresas proveedoras de servicios, como para los consumidores que constituirán la demanda de dicha oferta en el mercado.

En específico, es innegable que el presente expediente requiere de realizar un análisis sobre instituciones jurídicas propias en materia de Protección al Consumidor (relativas, por ejemplo, a la configuración de prácticas comerciales agresivas, cláusulas abusivas, o limitaciones al derecho de elección de los consumidores). Sin embargo, dicha discusión es tan solo una de las aristas de este caso.

Existen puntos clave en materia de Derecho Administrativo que requieren de desarrollo para no solo responder a la pregunta “¿Se está vulnerando el CODECO?”, sino que, adicionalmente, sea posible discutir respecto al rol del Estado a través del INDECOPI en la tutela de los consumidores y los límites que este debe observar en aras de garantizar la efectividad de derechos fundamentales económicos como, por ejemplo, la libertad de empresa.

Adicionalmente, otros aspectos relevantes a tomar en cuenta están asociadas en las consecuencias del ejercicio de la potestad del Estado para sancionar a los particulares (*ius puniendo*), la medida correctiva impuesta a Cinemark, y cómo es que ello se enmarca en una de las funciones protagónicas del INDECOPI: proteger los derechos e

intereses de la población en su calidad de consumidores y usuarios de acuerdo con las disposiciones sobre la materia que se encuentran previstas en la Constitución, el régimen económico (intervención del Estado en la Economía y el mercado).

Mencionado lo anterior, indudablemente, la presente controversia acarrea cierto nivel de complejidad debido a las diferentes perspectivas en las que se puede realizar su análisis. El estudio de este caso, desde el primer momento, crea una serie de interrogantes, tales como las siguientes: ¿Hay modelos de negocio que sean por sí mismos perjudiciales a los consumidores? ¿Nuestra costumbre de comer determinados alimentos en los cines al momento de ver una película, probablemente forjada por medios de comunicación y hábitos sociales, se encuentra protegida por el actual régimen económico de la Constitución (artículo 65)? ¿Cómo se configura la situación de abuso en los contratos de consumo estandarizados? ¿Qué señales se envían al mercado con la imposición de medidas correctivas?

Creo muy importante seguir repensando constantemente decisiones como la que propongo para análisis, pues nos permiten recontextualizar situaciones cotidianas y que, por lo general, no estarían sometidas a mayor reflexión en caso no existiera algún pronunciamiento de por medio.

Por dicho motivo, la elección del presente caso permite responder las interrogantes antes planteadas desde una perspectiva multidisciplinaria, generando un valor agregado no solo para el mundo jurídico, sino también para otros sectores profesionales como administración de negocios o marketing a partir de la determinación de habilitaciones y prohibiciones de acuerdo con el Derecho en determinados mercados.

Finalmente, y como reflexión final, considero que experiencias multifacéticas como la presente nos deben ayudar a repensar el estatus vigente de cómo es que se concibe la disciplina del Derecho del Consumo, para así, desde una nueva perspectiva, discutir posteriormente desde las políticas públicas qué se puede seguir mejorando para tutelar adecuadamente el mercado y, sobre todo, a su componente más importante, los consumidores.

1.2. Presentación del caso y análisis

El caso puede ser descrito brevemente como una crítica, desde el plano jurídico, a si las restricciones que aplican los cines sobre el ingreso de productos alimenticios y bebidas (en adelante, “alimentos”) externos a la confitería del local hacia los concurrentes que adquieren un boleto para asistir a una función cinematográfica son propensas a generar una vulneración a las disposiciones contenidas en el CODECO.

Particularmente, la discusión se inició por la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – ASPEC en contra de Cinemark del Perú S.R.L. (Cinemark).

Así, como cuestión previa será relevante esclarecer si la práctica de Cinemark, institucionalizada en su modelo de negocio, interfiere con el mandato constitucional de protección al consumidor, así como con las disposiciones del CODECO. Posteriormente, se analizará la cuestión de fondo relativa a si las restricciones de Cinemark constituyen cláusulas abusivas de ineeficacia absoluta o prácticas comerciales agresivas.

Finalmente, se reflexionará sobre el mensaje difundido al mercado con la decisión final del INDECOPI, materializada en el tipo de sanción impuesta a Cinemark, así como las medidas correctivas accesorias a esta.

Resultará imprescindible sentar las bases del análisis desde un panorama claro del funcionamiento de la Protección al Consumidor en nuestro régimen constitucional económico vigente, de modo que será posible determinar las competencias del Estado para salvaguardar dichos intereses jurídicamente relevantes en el marco de su rol garante.

Con tal fin, será preciso revisar legislación constitucional y legal que verse sobre el Derecho del Consumo, así como fuentes complementarias a dichas normas para realizar métodos de interpretación tales como la teleológica (revisando la exposición de motivos) o la histórica (revisando la exposición de motivos y la legislación anterior).

Adicionalmente, será relevante consultar doctrina especializada en distintas disciplinas del Derecho Administrativo y el Derecho del Consumo, así como algunos pronunciamientos ya emitidos por la autoridad competente, con la finalidad de determinar el fundamento de los conceptos que nos permitirán construir la solución del caso.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

El presente caso se suscita en un contexto de apertura económica en una economía social de mercado, en la cual existe una regulación que tutela la asimetría informativa y posición de desventaja de los consumidores frente a los proveedores, así como asociaciones de consumidores que participan activamente en la protección de los intereses difusos y derechos colectivos de la población consumidora.

Ello, claro está, sin dejar de reconocerle, por un lado, a los agentes económicos privados plena libertad para participar legítimamente en el mercado en aras de derechos fundamentales económicos básicos; a saber, libre iniciativa privada, libertad empresarial, libertad de contratación y de contratar. Por otro lado, se le reconoce al Estado, por medio del INDECOPI como órgano técnico de alta especialidad, la

responsabilidad de cautelar apropiadamente el correcto desenvolvimiento del mercado, tanto en lo referente al proceso competitivo (salvaguardando la libre y leal competencia), así como en lo referido a las interacciones que tienen los privados al momento de establecer vínculos jurídicos en su rol de proveedor con los particulares consumidores.

Así, como antecedente, podemos tener en consideración que, previamente a la emisión de la decisión que puso fin a la vía administrativa del presente caso, la gran mayoría de cines (si no es que la totalidad) implementaban como práctica comercial la restricción a los consumidores de poder acceder a sus salas de cine con alimentos adquiridos fuera de sus establecimientos.

Dicha restricción era informada a través de anuncios expuestos en carteles en el interior de los cines, además de ser de conocimiento general por parte de los consumidores que no se podía ingresar a las salas de cine con productos que no hayan sido adquiridos del área de confitería.

2.2. Hechos relevantes del caso

Los hechos relevantes que ameritan discusión en el caso son los siguientes:

1. El 7 de febrero de 2017, ASPEC denunció a Cinemark ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N.º 2 (en adelante, la ST-CC2) por presunta infracción al CODECO. Entre los argumentos esbozados por ASPEC se puede destacar (i) el cobro de “precios excesivos” de alimentos por parte de Cinemark (hasta cinco veces su “precio real”), (ii) no se pondría a disposición de los consumidores productos saludables, (iii) la imposición de una prohibición injustificada y no explicada de acceder con alimentos ajenos a los adquiridos en las áreas de confitería de los cines.
2. La ST-CC2 decidió admitir a trámite la denuncia presentada por ASPEC el 23 de marzo de 2017, imputando así a Cinemark la presunta infracción de disposiciones contenidas en el CODECO, tal como la presunta configuración de una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta (artículo 50 literal e) del CODECO) por la restricción del ingreso a las salas de cine a los consumidores con alimentos adquiridos o el derecho a la libre elección de los consumidores debido a que solo se ofrecía determinado tipo de productos.
3. El 5 de abril de 2017, Cinemark presentó sus descargos precisando, en líneas generales, que la forma de organización de su negocio, el cobro de precios de sus alimentos, qué alimentos vende y la prohibición de permitir la entrada a sus salas con alimentos adquiridos fuera de su establecimiento serían una manifestación de su derecho a la libre iniciativa privada y libertad de empresa.

De igual manera, no se habría demostrado la existencia de una imposición de la compra de alimentos para la entrada a las salas de cine, siendo el único requisito para ello la compra de una entrada. Finalmente, precisó que el aviso a los consumidores de la prohibición por medio de carteles dentro de sus instalaciones era suficiente para advertirles de dicha restricción.

4. El 26 de mayo de 2017, la Comisión de Protección al Consumidor N.º 2 (en adelante, “CC2” o “primera instancia”) emitió la Resolución N.º 849-2017/CC2 (también, “decisión de primera instancia” o “resolución impugnada”), por medio de la cual se declararon infundadas las imputaciones en contra de Cinemark, toda vez que no se constataron vulneraciones al CODECO. En específico, la CC2 consideró los siguientes argumentos:
 - (i) La Administración Pública no tendría competencia para regular los precios a los que Cinemark ofertaba sus productos (entradas y alimentos). Se descartó una vulneración a los artículos 47 inciso b), 48 inciso c) y 57 del CODECO.
 - (ii) Cinemark podía prohibir la entrada de alimentos a sus instalaciones en vista de que ello se encontraría justificado, además de encontrarse amparado en su libertad de empresa. Se descartó la vulneración a los artículos 49.1, 50 inciso e) y 58.1 del CODECO.
 - (iii) No existía una obligación legal de sustentar la advertencia de la prohibición de entrada de alimentos, por lo que se descartó la vulneración a los artículos 18, 19 y 40 del CODECO.
 - (iv) La disposición de los productos de su confitería, por no ser “saludables” no eran una afrenta al derecho de los consumidores. Se descartó una vulneración a los artículos 1.1 inciso f), 18 y 19 del CODECO.
5. El 27 de junio de 2017, ASPEC apeló la decisión de primera instancia reiterando los argumentos presentados en su denuncia, enfocando más la afectación al derecho a la libre elección del consumidor y que la libertad de empresa no se podía superponer a los derechos de los consumidores.
6. El 21 de septiembre de 2017, Cinemark se pronunció sobre la apelación de ASPEC reiterando los argumentos presentados en sus descargos durante la primera instancia.
7. Hacia el final del procedimiento administrativo, el 7 de febrero de 2018, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, “SPC” o “segunda instancia”), emitió la Resolución N.º 243-2018/SPC-INDECOPI (también, “decisión de segunda instancia”), por medio de la cual se decidió, en mayoría, principalmente lo siguiente:

- (i) Se confirmaron los extremos de la decisión de primera instancia por medio de los cuales se declararon infundadas, entre otras, las imputaciones relativas a lo siguiente:
- Presunto cobro de “precios excesivos” por los alimentos ofrecidos por el área de confitería de Cinemark.
 - Presunta comisión de prácticas comerciales abusivas por la restricción del ingreso a las instalaciones del cine con alimentos que no hayan sido adquiridos del área de confitería de Cinemark.
- (ii) Se revocó el extremo relativo a la resolución impugnada que declaró infundada la imputación sobre la imposición de Cinemark de cláusulas abusivas consistentes en la prohibición de la entrada de consumidores que ingresen con comida adquirida fuera de su la confitería de su local, declarándola fundada.
- (iii) En concordancia con el punto anterior, se declaró la responsabilidad administrativa de Cinemark y, en ese sentido, se le sancionó con una amonestación en vista de que no habría cometido una infracción de naturaleza similar con anterioridad.
- (iv) Con la finalidad de revertir las distorsiones ilegales al mercado producidas por la conducta infractora de Cinemark, la SPC dispuso, como medida correctiva, que dicha empresa se abstuviera de continuar aplicando la restricción de acceso a las salas de cine con alimentos adquiridos fuera de las áreas de confitería de sus establecimientos siempre que estos fueran similares a los que comercializaba.
8. Adicionalmente, en la decisión de la segunda instancia se incluyó el voto discordante de la vocal Mónica Eliana Medina Triveño, quien, por ejemplo, manifestó que, de acuerdo con su posición, la restricción impuesta por Cinemark solo debió analizarse como práctica desarrollada bajo un método comercial agresivo, declarándose así infundida dicha imputación.
9. Ante la medida correctiva impuesta por medio de la decisión de segunda instancia, Cinemark presentó un escrito solicitándole a la SPC su aclaración con la finalidad de que se delimiten sus alcances y sea claro cómo deberá efectuarse su cumplimiento.
10. En atención al pedido formulado por Cinemark, la SPC emitió la Resolución N.º 436-2018/SPC-INDECOPI de fecha 2 de marzo de 2018, a través de la cual suspendió los efectos del extremo de la decisión de la segunda instancia referidos a la medida correctiva hasta que la administrada sancionada sea notificada con la respuesta a su solicitud de aclaración.

11. De este modo, se emitió la Resolución N.º 466-2018/SPC-INDECOPI por medio de la cual se delimitó el ámbito en el que se circunscribía la medida correctiva impuesta en contra de la empresa sancionada. En específico, la SPC especificó lo siguiente:

- (i) La medida correctiva se encuentra delimitado únicamente a la proscripción de Cinemark de que los consumidores accedan a sus instalaciones con productos alimenticios que no hayan sido comprados en su área de confitería.
- (ii) Los productos con los que podrán acceder los consumidores a las salas de cine deberán ser semejantes a los ofrecidos por Cinemark en su área de confitería, lo cual quiere decir que comparten características y parámetros similares de presentación y cantidad.
- (iii) La medida correctiva no les exige a los consumidores que los productos que deseen consumir deban ser de la misma marca que aquellos ofertados en el área de confitería de dicha empresa.
- (iv) Adicionalmente, se recalcó que es imperativo que el proveedor cuente con mecanismos idóneos para ejecutar la medida correctiva impuesta por el INDECOPI de la forma óptima.

De este modo, se recomendó a Cinemark, por ejemplo, contar con un anuncio en su página web que detalle qué alimentos son ofrecidos por esta en su área de confitería con la finalidad de que el consumidor, con anticipación, pueda contemplar con qué tipo de productos podrá acceder a las salas de cine de los establecimientos de la empresa sancionada.

12. Realizada la aclaración, se procedió a levantar la suspensión de los efectos de la medida correctiva impuestos por la Resolución N.º 243-2018/SPC-INDECOPI contra Cinemark.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1. ¿El modelo económico de comercialización de alimentos de Cinemark, así como las restricciones de ingreso de alimentos por parte su parte, constituyan una infracción a los derechos de los consumidores?
 - 1.1. ¿Es competencia de la Administración Pública, a través del INDECOPI, la intervención en la estrategia y modelo empresarial de los cines como agentes económicos privados, por ejemplo, en el tipo de bienes o servicios que ofrecen a los consumidores o en el precio cobrado por estos?

- 1.2. ¿La prohibición de entrada de alimentos adquiridos fuera del establecimiento constituyen una infracción al CODECO en la modalidad de la imposición de una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta por limitar el derecho a elegir que se le reconoce a los consumidores?
2. ¿La Resolución N.º 243-2018/SPC-INDECOPI contraviene alguno de los requisitos de validez del acto administrativo?
 - 2.1. ¿La tipificación de la conducta de Cinemark referida a la imposición de una cláusula abusiva por reservarse la posibilidad de prohibir el ingreso a sus salas de cine con alimentos que no hayan sido adquiridos en su área de confitería es correcta?
 - 2.2. ¿La sanción impuesta por la SPC es coherente con el desarrollo de los fundamentos por los cuales se determinó la responsabilidad administrativa de Cinemark?
 - 2.3. ¿La medida correctiva impuesta en el presente caso es adecuada para conseguir los fines preventivos que propugna?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Problema Principal 1: ¿El modelo económico de comercialización de alimentos de Cinemark, así como las restricciones de ingreso de alimentos por parte su parte, constituyán una infracción a los derechos de los consumidores?

El modelo económico de comercialización de productos alimenticios y bebidas que empleaba Cinemark, el cual incluía, dentro de sus políticas internas, la restricción a los consumidores que hayan comprado un boleto para el servicio de proyección una película de entrar a las salas de cine con alimentos adquiridos en un lugar distinto al área de confitería de su establecimiento; no constituía una vulneración a los derechos de los consumidores.

Ello se debe a que, además de no vulnerar el derecho a elegir de los consumidores, al igual que los derechos fundamentales económicos de las empresas que se desempeñan en algún mercado, los derechos de los consumidores y sus intereses económicos no son absolutos, por lo que su entendimiento y aplicación deberían estar enmarcados en su lectura armónica de conformidad con nuestro modelo económico: la Economía Social de Mercado.

Problema Secundario 1: ¿Es competencia de la Administración Pública, a través del INDECOPI, la intervención en el modelo de negocio de los cines como agentes

económicos privados, por ejemplo, en el tipo de bienes o servicios que ofrecen a los consumidores en el mercado o en el precio que cobran por estos?

Como cuestión previa, tenemos que atender que no está dentro de las competencias del INDECOPI incidir dentro de los modelos de negocio que emplean los agentes económicos para desenvolverse en el mercado, sino que su intervención se circunscribe a la supervisión y sanción de las actuaciones que generan daños injustificados al proceso competitivo o a los consumidores.

Problema Secundario 2: ¿La prohibición de entrada de alimentos adquiridos fuera del establecimiento constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta por limitar el derecho de elección de los consumidores?

La restricción de entrada a las salas de cine a los consumidores con alimentos adquiridos en un lugar distinto al área de confitería no constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49.1 y 50 literal e) del CODECO, ya que (i) estas no calificarían con la definición de cláusula abusiva al no ser una práctica ejecutada de forma contraria a la buena fe que colocan al consumidor en una situación de desigualdad o desventaja y (ii) no limitan el derecho a la libertad de elección del consumidor reconocido en el artículo 1.1 literal f) del CODECO.

Problema Principal 2: ¿La Resolución N.º 243-2018/SPC-INDECOPI contraviene alguno de los requisitos de validez del acto administrativo?

La Resolución N.º 243-2018/SPC-INDECOPI no cumple con todos los requisitos de validez exigidos en el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG). En específico, en mi opinión no cumpliría con el principio de tipicidad de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Problema Secundario 3: ¿La tipificación de la conducta de Cinemark referida a la imposición de una cláusula abusiva por restringir el acceso a sus salas de cine con alimentos que no hayan sido adquiridos en su área de confitería es correcta?

La conducta de Cinemark referida a la imposición de una cláusula abusiva por restringir el acceso a sus salas de cine con alimentos que no hayan sido adquiridos en su área de confitería no se encuentra enmarcada dentro de la imputación que se realizó por parte de la Secretaría Técnica, ya que no se enmarca en la definición de cláusula abusiva que brinda el artículo 49.1 del CODECO ni tampoco se encontraría dentro del supuesto previsto de forma específica en el artículo 50 literal e) de la norma antes mencionada, el cual se refiere a cláusulas abusivas de ineficacia absoluta por limitación de derechos.

Problema Secundario 4: ¿La sanción impuesta por la SPC es coherente con el desarrollo de los fundamentos por los cuales se determinó la responsabilidad administrativa de Cinemark?

La sanción impuesta a Cinemark tiene problemas para guardar relación con la justificación de la decisión para determinar la responsabilidad administrativa de dicha empresa, pues a lo largo de la resolución se describe la comisión de una infracción de un nivel de gravedad significativo (cláusula abusiva de ineeficacia absoluta).

Problema Secundario 5: ¿La medida correctiva impuesta en el presente caso es adecuada para conseguir los fines preventivos que propugna?

La medida correctiva impuesta en el presente caso no es adecuada, pues, a modo de ejemplo no optimiza la aplicación de los derechos que se encontrarían en conflicto de acuerdo a los puntos controvertidos del presente procedimiento administrativo (derecho a la libre iniciativa privada y libertad de empresa en contraposición al derecho de elección de los consumidores), siendo que los derechos de los consumidores prevalecen sin atención a la afectación que ello ocasiona a los derechos de la empresa administrada y sin evaluar si existen alternativas para satisfacer los intereses económicos de los consumidores.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Mi postura es parcialmente contraria a la esgrimida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor.

Si bien me encuentro de acuerdo con los extremos en los que se confirma la decisión de la Comisión con relación a que se desestimen las imputaciones referidas a, entre otros, (i) los precios que son cobrados por Cinemark por los productos alimenticios y bebidas que ofrece a los consumidores en su área de confitería, (ii) la presunta configuración de métodos comerciales agresivos o (iii) el tipo de alimentos que son vendidos por Cinemark en su confitería, me encuentro en desacuerdo con la revocación del extremo de la decisión de primera instancia por medio de la cual se declara fundada la imputación sobre la configuración de una cláusula abusiva.

Será este último punto en el que concentraremos mayores esfuerzos previo desarrollo del rol del Estado en el mercado de acuerdo con lo dispuesto en nuestro régimen económico vigente.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Una vez determinados los parámetros dentro de los cuales se desarrollará el presente informe e identificados los hechos relevantes del caso que fueron discutidos en el marco del procedimiento administrativo, a continuación, corresponde enfocarnos en el análisis

específico y a detalle de los problemas jurídicos previamente consignados con la finalidad de confirmar la posición jurídica presentada en las líneas anteriores.

5.1. Primer Problema Jurídico Principal

¿El modelo económico de comercialización de alimentos de Cinemark, así como las restricciones de ingreso de alimentos por parte su parte, constituyan una infracción a los derechos de los consumidores?

Es innegable que las transacciones mercantiles son parte del día a día de cada individuo. Ya sea para la adquisición de abarrotes o medicamentos; o, en todo caso, para la contratación de un servicio de *delivery*. Incluso, al trabajar, estamos prestando un servicio en el marco una transacción mercantil con nuestro empleador o cliente. A este grupo de ofertantes de determinado bien o servicio y a aquellos sujetos que conformen la demanda de dicha oferta se les denomina mercado (Mankiw 2017, p. 66).

Casi siempre estamos en el mercado. Algunas veces como proveedores y otras veces como consumidores. Y lo normal es que no estemos solos en el mercado. La mayoría de las ocasiones tendremos más de un sujeto proveedor de determinado bien o servicio, así como una multiplicidad de individuos interesados en la adquisición de dichos bienes. Por eso mismo, existirá una pugna¹ entre los agentes económicos para sobresalir entre los demás para ganarse así la preferencia de los consumidores. Este es el fenómeno de la competencia.

Para poder competir de la mejor forma posible, los agentes económicos se someten a la presión de sobresalir a su manera en el mercado. Con dicha finalidad, centran sus esfuerzos en variables que modifican su estrategia competitiva, ya sea por medio de reducción de precios, desarrollo e innovación, o, también, a través de estrategias por las cuales diferencien los productos y servicios que ponen a disposición de los consumidores en el mercado a través de la diferenciación de su oferta.

Aquellas prácticas comerciales e iniciativas que las empresas implementan para competir en el mercado terminar por conformar, moldear y actualizar constantemente el modelo económico que decidan adoptar.²

Como regla general, las estrategias empleadas por los agentes económicos participantes en el mercado no son observadas de forma *ex ante* antes de su efectiva implementación. Ello es concordante con el capítulo en nuestra Constitución Política en el que se

¹ La rivalidad entre los agentes económicos puede explicarse en función a la escasez de recursos de su *target*. Los ofertantes, es decir, los proveedores, deberán buscar destacar frente a los otros para afrontar la capacidad de compra limitada de los consumidores. Así lo ha señalado, por ejemplo, Baylos (2009, p. 300).

² No se trata pues, de observar el contenido del objeto social de una persona jurídica para determinar cuál es su modelo económico, sino que se deberá prestar especial atención a su autoorganización para desplegar su estrategia competitiva en el mercado y, por tanto, a los mecanismos utilizados para lograr la finalidad de sobresalir entre sus competidores.

desarrolla el régimen económico del Estado (también conocida como Constitución Económica³).

En dicho apartado se otorga especial relevancia a la libre iniciativa privada, a la libertad empresarial⁴, a la libertad de contratación, la propiedad, entre otros derechos económicos regulados como cimientos básicos de nuestro modelo económico: la Economía Social de Mercado, sobre el cual volveremos en la siguiente sección.

Luego de esta breve introducción, a efectos de brindar una respuesta concreta al primer problema jurídico principal, resulta menester desarrollar aquellos dos (02) problemas jurídicos secundarios directamente vinculados con este, los cuales serán abordados en los próximos puntos del presente informe.

5.1.1. ¿Es competencia de la Administración Pública, a través del INDECOPI, la intervención en el modelo de negocio de los cines como agentes económicos privados, por ejemplo, en el tipo de bienes o servicios que ofrecen a los consumidores en el mercado o en el precio que cobran por estos?

Para abordar el primer problema jurídico secundario, importante por su naturaleza de presupuesto necesario para poder responder con mayor efectividad la pregunta correspondiente al segundo problema jurídico secundario, resulta pertinente dividir el presente análisis en los siguientes puntos:

- a) Determinar cuál debe ser el rol del Estado en el mercado en el marco de la Economía Social de Mercado.
- b) Evaluar, de forma específica, si el INDECOPI tiene competencia para cuestionar, modificar o sancionar los modelos económicos de negocio que utilizan los agentes económicos para desenvolverse en el mercado.

³ Kresalja define a la Constitución Económica como "el conjunto de normas mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos, las empresas y el Estado, y en virtud de las cuales se determinan los derechos, deberes y responsabilidades de cada cual" (2007, p. 26).

⁴ Sobre el derecho a la libre iniciativa privada y el derecho a la libertad de empresa, en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el marco del Exp. 0001-2005-PI/TC ha reconocido los mencionados derechos socioeconómicos de la siguiente manera: (i) Por un lado, en cuanto a la libre iniciativa privada, se le reconoce como la habilitación de toda persona para participar del tráfico mercantil y de la vida económica en general. Dicha libertad se puede ejercer de forma individual o colectiva tanto por personas jurídicas como por personas naturales e implica la posibilidad de incursionar en la actividad económica de elección en el marco del respeto de aquellos intereses propios de la colectividad y con el ordenamiento jurídico. (ii) Por otro lado, en cuanto a la libertad de empresa, esta consiste en la autonomía para poder optar por determinada modalidad de organización, modo de producción y forma jurídica en la cual se haga efectiva la participación de los particulares en las actividades económicas. Al igual que la libertad de empresa, esta debe ser ejercida en el marco de los límites de otros derechos socioeconómicos, así como las limitaciones propiamente establecidas en la Constitución (respeto al medioambiente, a la salud pública, a la seguridad, moralidad, entre otros).

- c) Explicar si existen otras aproximaciones que el Estado puede emplear para solucionar la disconformidad de los consumidores con modelos económicos de negocio de las empresas (siempre que resulten legítimos) además del ejercicio de su potestad sancionadora en materia de protección de consumidor a través del INDECOPI.

A. El rol del Estado en el mercado en el marco de la Economía Social de Mercado

Como mencionamos, la sección de nuestra Carta Magna denominada “Constitución Económica” contiene los pilares básicos en los que se sostiene el actual régimen económico del Estado peruano. De forma concreta, puede afirmarse que la comprensión de dicho régimen pasa por la interiorización de dos elementos que, aunque diferentes, deberán permanecer indivisibles y en armonía para perpetuar los objetivos de desarrollo económico y acumulación de riqueza sin dejar de reconocer a la ciudadanía.

Por un lado, y como piedra angular del régimen económico, tenemos que la forma en la que las transacciones mercantiles se desarrollan, como regla general, no se encuentran sujetas a control estatal previo. Se privilegia el control propio del mercado como brújula que conduce las variables básicas más importantes de la economía: la determinación de la cantidad de productos y servicios que se ofrecen el mercado en función a la demanda de consumidores existente y, a partir de ello, el precio al que dichos bienes o servicios serían puestos a disposición del público consumidor.

Al respecto, no es posible dejar de mencionar que dicho esfuerzo de colocar en un protagónico a la interacción de la oferta y la demanda en el mercado no comenzó con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1993, actualmente vigente.

En 1991, durante la vigencia de la Constitución Política de 1979 que se caracterizaba por la primacía de la actividad estatal en la generación de riqueza y en el rol interventor del Estado, se promulgó el Decreto Legislativo N.º 757, en cuyo artículo 4 se reconoció de forma expresa que, salvo por el caso de las tarifas de servicios públicos, los precios se determinan como resultado de la interacción entre la oferta y la demanda en el marco de un régimen de libre competencia.⁵

En efecto, nuestro régimen económico actual es sustancialmente diferente al anterior. Ocurrió un cambio de paradigma en cuanto al rol que debería cumplir el Estado en la economía: se pasó de un régimen de Estado interventor y principal agente en la

⁵ Decreto Legislativo N.º 757 – Aprueban Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada
Artículo 4.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.

Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República.

(Énfasis agregado)

producción de riqueza a un Estado garante y supervisor que fomenta y tutela que los agentes económicos privados sean los principales actores en el mercado.

Nos encontramos, pues, frente a un modelo de Economía Social de Mercado, por medio del cual se privilegia y enfatiza la importancia de los derechos fundamentales económicos sin descuidar la tutela de los derechos particulares de la ciudadanía, tales como la salud, la seguridad, la educación o el trabajo.

Así, por ejemplo, en la doctrina se ha señalado lo siguiente sobre el objetivo perseguido en la Economía Social de Mercado es generar una conexión entre la protección de la igualdad social (por ejemplo, trato igualitario en acceso a la salud, trabajo, educación, entre otros), tanto en su dimensión jurídica como ética; y la salvaguarda de las libertades individuales (libre iniciativa privada, libertad contractual, libertad de empresa, entre otros). De este modo, la finalidad perseguida consiste en que el desarrollo de la economía y de la sociedad no le sea privada a los más necesitados (Paniagua, 2017, p. 863).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N.^o 0008-2003-AI/TC ha delimitado de forma precisa cuales son las características principales que dan sustancia a nuestro modelo económico vigente. Estas son las siguientes:

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. (...) A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.

b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.

c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social. (2003, p. 5-6).

(Énfasis agregado)

De este modo, puede apreciarse que no se trata simplemente de un modelo económico por medio del cual se privilegie la irrestricta interacción de la oferta y la demanda (lo cual está caracterizado en el *mercado libre*), sino que es necesario que el parámetro para medir el despliegue de los pilares de la economía sea el bienestar social.

Así, no es posible negar que el Estado tiene la posibilidad de intervenir en la economía.⁶ Sin embargo, si es necesario delimitar que esta constante relación recíproca entre la

⁶ Para tal fin, el Estado deberá valerse de la disciplina de la Administración Económica: El Derecho Administrativo Económico. Si bien por limitaciones de espacio este no será de extenso comentario, consideramos importante recalcar lo mencionado por Rivero sobre el particular:

oferta y la demanda se realiza principalmente para actuar frente a las distorsiones propias que se generan por la propia interacción de la oferta y la demanda (las fallas de mercado).

Ahora bien, ello se realiza por medio políticas públicas destinadas a establecer directrices de conducta y ciertas reglas de juego en el mercado a través de iniciativas de promoción de protección al consumidor, pero también que fomenten el adecuado desarrollo del proceso competitivo (tanto desde la óptica de la libre competencia como de la protección contra la competencia desleal) por parte de los agentes económicos. En la línea de lo que menciona Huapaya, “(...) se trata de un tipo de intervención moderada. (...) conjuntamente con su papel de vigilante del ejercicio de las actividades económicas de los intereses generales o públicos a los que sirve toda actividad estatal” (2002, p. 71).

En esa misma línea, el Estado ha reconocido protección expresa a los intereses de los consumidores y usuarios en la Constitución vigente. Por su puesto, nos referimos al artículo 65⁷, por medio del cual se propugna el deber que tiene el Estado de tutelar a la población que participa del mercado, a los consumidores, resaltando la importancia de que se privilegie, por sobre el interés de las empresas, la salud y seguridad de las personas.

De igual manera, el órgano supremo control constitucional también se ha pronunciado con respecto al artículo 65 de la Constitución, sobre el cual señaló lo siguiente en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 858-2003-AA/TC:

En el ámbito de los usuarios y consumidores, ese deber especial de protección se encuentra establecido expresamente en el artículo 65° de la Constitución. Dicho precepto constitucional 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”, así como vela, “en particular, por la salud y la seguridad de la población. (2003, p. 4).

El Derecho administrativo económico sirve, por un lado, para facilitar las intervenciones del poder público en la Economía, ofreciendo las herramientas que permiten condicionar el comportamiento de los operadores económicos, poderes exorbitantes en manos de la Administración que no deben pasar desapercibidos a la hora de analizar el funcionamiento del mercado (potestades administrativas como la reglamentaria, la sancionadora, la autorizante o la supervisora). Por otro lado, el Derecho administrativo establece toda una serie de garantías que deben servir para evitar los excesos de la Administración, sus intervenciones desproporcionadas (injustificadas) y las desviaciones de poder y arbitrariedades que pueden darse como consecuencia de las conexiones entre la autoridad política y el interés económico (...) (2007, p. 17).

⁷ **Constitución Política del Perú de 1993**

Artículo 65.- 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.

Adicionalmente, el intérprete supremo de la Constitución ha reconocido la importancia de la protección de los consumidores y usuarios en el mercado. Por ejemplo, en la Sentencia recaída en el Expediente N.^º 3315-2004-AA/TC se ha señalado lo siguiente:

21. (...) El *status* de consumidores no es el de ser sujetos pasivos de la economía que observan con indiferencia o impotencia el modo como los agentes económicos desarrollan sus actividades o entran en disputa, sino el de ser destinatarios fundamentales de las relaciones que la sustentan y, por supuesto, de aquellas que la justifican en el marco del Estado social y democrático de derecho. (2004, p. 10).

Además, el Tribunal Constitucional también ha recalcado, de manera muy importante, que, en relación con el artículo 65 de la Constitución, “la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios (se prescribe) a través de un derrotero jurídico binario; vale decir que establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo” (STC recaída en el Expediente N.^º 7320-2006-AA/TC, 2005, p. 5).

Por consiguiente, de lo desarrollado en el presente apartado, podemos extraer que la premisa con la cuál responderemos el primer problema jurídico principal es que el Estado tiene un rol principal en la economía aun cuando este no se traduce en su participación directamente activas en las actividades que se desarrollan en el mercado.

Así, por medio de su rol tuitivo y vigilante del mercado, con respecto a su deber especial de protección a los consumidores y usuarios, el Estado tiene como objetivo garantizar que estos no vean sus derechos e intereses afectados por los agentes económicos por medio de la actuación directa (a través de la comisión de infracciones que vulneren la Economía Social de Mercado, como, por ejemplo, infracciones anticompetitivas o infracciones a los derechos de los consumidores) o indirecta (presencia de fallas de mercado).

Pará este fin, como principal actor de la Administración Pública, se tiene al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI), sobre el que nos explayaremos en el siguiente punto.

B. ¿Es el INDECOPI competente para sancionar modelos económicos de negocio empleados por los agentes económicos para desenvolverse en el mercado?

El INDECOPI fue creado en el año 1992 por medio del Decreto Ley N.^º 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI⁸.

⁸ Norma actualmente derogada por la actual Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, el Decreto Legislativo N.^º 1033.

De acuerdo con lo que establecía el artículo 1 de la norma antes reseñada, se trata de un órgano especializado que ostenta autonomía a nivel técnico, económico presupuestal y administrativo y que, además, cuenta con personería jurídica de derecho público.

Ahora bien, con el fin de responder a la interrogante que le da nombre a la presente sección, nuestro análisis deberá comenzar con reconocer cuáles son las funciones que actualmente contempla el INDECOPI. Es así como resulta necesario acudir al artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1033, que es la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI vigente (en adelante, “LOF del INDECOPI”).

El artículo 2 del LOF del INDECOPI menciona expresamente cuáles son las funciones del INDECOPI. Para efectos del presente trabajo, nos será relevante tener en consideración las siguientes: (i) Tutelar los derechos e intereses jurídicamente relevantes de los consumidores (artículo 2 literal d) del LOF de INDECOPI) y (ii) Tutelar el proceso adecuado desarrollo del proceso competitivo desde la óptica de la libre y leal competencia (artículo 2 literal b) del LOF de INDECOPI)⁹.

Ello se complementa directamente con el segundo párrafo del artículo antes mencionado, el cual reconoce la potestad supervisora y sancionadora del INDECOPI para garantizar el cumplimiento de aquellas reglas que rigen la actividad comercial. A estas disposiciones, cierto sector de la doctrina nacional las ha denominado “Derecho Ordenador del Mercado” el cual se establece un marco normativo propio de aquellos derechos económicos y deberes jurídicos que tienen aquellos sujetos que intervienen en el mercado por medio del fomento o efectiva realización de tráfico económico de bienes o servicios (Diez Canseco, 1997, p. 43).

De lo mencionado, queda claro que el INDECOPI entrará en acción siempre que exista alguna perturbación en el mercado que, por ejemplo, lesione el proceso competitivo o, de plano, directamente a los consumidores. Cabe preguntarse cómo debe entenderse ello de conformidad el desarrollo del régimen económico efectuado en nuestro apartado anterior.

Ciertamente, los esfuerzos del Estado, en cuanto a la tutela y salvaguarda del mercado, estarán en buena medida orientados a proteger los intereses sociales, económicos y jurídicos del consumidor. Para tal fin, la Administración Pública no solo se valdrá del impulso de políticas públicas y estrategias de regulación que tengan como objetivo minimizar los efectos negativos que puedan recaer en el público consumidor, sino que, a través del INDECOPI, se complementará el combate *ex post* de todo tipo de conducta perniciosa que constituya una infracción que lesione al mercado.

⁹ A diferencia de la fecha en la que se concretaron los hechos materia de análisis en el caso, en la actualidad dicha norma fue modificada por la Ley N.º 311112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, añadiéndose que también se tendrá en cuenta la prevención de los efectos anticompetitivos de las operaciones de concentración empresarial.

Como menciona Cárdenas, el artículo 65 de la Constitución implica que se deba “asegurar que no exista una afectación a la integridad de la persona, a través de políticas y normas que garanticen la calidad de los productos a fin de que no sean lesivos ni física ni emocionalmente (...)" (2019, p. 45).

Claro está, ello no implica que todo el trabajo de tutela del consumidor recaiga exclusivamente en el Estado. La ciudadanía, por iniciativa propia, puede escoger voluntariamente recurrir al INDECOPI para solicitar por su cuenta tutela específica de los intereses que considere que, en el caso de protección al consumidor, un proveedor le ha lesionado.

Y ello no solo implica que el consumidor lo haga de forma individual, sino que pueden acudir también de forma conjunta. Como menciona Rejanovinschi, “(...) los consumidores necesitan agruparse, o asociarse, para defender de manera más idónea sus derechos, lo que, fruto de la cooperación, disminuirá la asimetría informativa con la que se encuentra inicialmente un consumidor aislado" (2016, p. 237).

Es así que nuestro ordenamiento jurídico, a lo largo del CODECO, reconoce la posibilidad de proteger los intereses supraindividuales, entendidos como aquellos que se refieren a una colectividad o comunidad de sujetos. Siguiendo, por ejemplo, a Aguirrezabal, ello implica “que (se) trasciende la esfera jurídica de lo meramente individual (...) marcado por la impersonalidad y rompe con el concepto clásico de derecho subjetivo" (2006, p. 74).

Sobre dicho punto, es importante mencionar que, por un lado, los intereses colectivos corresponden a un grupo determinado y contextualizado de individuos que se encuentran vinculados por una unidad jurídica; mientras que, por su parte, los intereses difusos se refieren a los escenarios en los que la colectividad no es claramente identificable debido a que no hay como tal una vinculación por una unidad jurídica (Mendoza, 2011, p. 40).

De igual manera, debe resaltarse que la característica que comparten los derechos colectivos con los derechos difusos es la “indivisibilidad”, pues, en palabras de Apolín, “se trata de un derecho de titularidad de un grupo de personas, cuyo amparo a través de un proceso judicial afectará a todos los miembros por igual” (2012, p. 188), aunque lo mismo podría decirse del amparo a través de cualquier otro tipo de decisión que solucione una controversia en los que estos se vena inmersos, como, por ejemplo, un procedimiento administrativo.

Lo mencionado es relevante pues es totalmente común que las asociaciones de consumidores sean quienes, en defensa de intereses colectivos y/o difusos, interpongan denuncias ante el INDECOPI (no solamente en materia de protección al consumidor, sino también, por ejemplo, en materia de Competencia Desleal, Eliminación de Barreras

Burocráticas, Signos Distintivos, entre otros). Un claro ejemplo de ello es el presente caso que está bajo análisis, en el cual intervino la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC).

Habiendo entonces dimensionado de forma general el ámbito de actuación que tiene el INDECOPI, ¿en alguno de estos supuestos se podría situar a los modelos de negocio?

Consideramos que no. Ello en debido a que no puede perderse de vista que la concepción de las funciones que tiene actualmente el INDECOPI, y que ha tenido desde sus inicios, se alinean con tutelar el mercado desde la perspectiva del rol garante del Estado de garantizar, desde un plano vigía, que el mercado se rija conforme a las reglas de ejercicio de la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, la libertad contractual y la propiedad, es decir, en respecto, entre otros, del proceso competitivo y los derechos de los consumidores y usuarios.

Siguiendo el razonamiento construido hasta este punto, podemos afirmar que no nos encontramos de acuerdo con la intervención del INDECOPI en el modelo de negocio de Cinemark. Dicha injerencia, a nuestro criterio, se dio en dos niveles: (i) en su intento de definir cuál era el modelo de negocio de Cinemark equiparándolo a la actividad económica que se habría consignado en su ficha R.U.C.¹⁰ (lo cual abordaremos en las siguientes líneas) y (ii) en la imposición de una medida correctiva que reformula su política comercial interna de reservarse el derecho de permitir el acceso de los consumidores con alimentos adquiridos fuera de la confitería que se encuentra en sus instalaciones (lo cual comentaremos líneas más adelante en el presente Informe).

Como advertimos, el primer nivel de la intervención del INDECOPI en el modelo de negocio de Cinemark puede ser apreciado en su intento de definirlo en función a la actividad económica consignada en su ficha R.U.C. (20337771085), basándose exclusivamente en su contenido y obviando cuál es la realidad en el mercado sobre el particular. Dicha argumentación se encuentra consignada en el numeral 85 de la decisión de la segunda instancia, como seguidamente se podrá apreciar:

¹⁰ Ficha de Registro Único de Contribuyente.

CONSULTA RUC: 20337771085 - CINEMARK DEL PERU S.R.L		
Número de RUC:	20337771085 - CINEMARK DEL PERU S.R.L	
Tipo Contribuyente:	SOC.COM.RESPONS. LTDA	
Nombre Comercial:	CINEMARK DEL PERU SRL	
Fecha de Inscripción:	09/12/1996	Fecha Inicio de Actividades: 09/12/1996
Estado del Contribuyente:	ACTIVO	
Condición del Contribuyente:	HABIDO	
Dirección del Domicilio Fiscal:	AV. JAVIER PRADO ESTE NRO. 4200 URB. MONTERRICO (C. C. JOCKEY PLAZA - EXTERIOR 2) LIMA - LIMA - SANTIAGO DE SURCO	
Sistema de Emisión de Comprobante:	COMPUTARIZADO	Actividad de Comercio Exterior: IMPORTADOR/EXPORTADOR
Sistema de Contabilidad:	COMPUTARIZADO	
Actividad(es) Económica(s):	Principal - 5914 - ACTIVIDADES DE EXHIBICIÓN DE PELÍCULAS CINEMATOGRÁFICAS Y CINTAS DE VÍDEO	

85. Así, de la valoración del referido medio probatorio se desprende que el servicio de exhibición y proyección de películas cinematográficas es la prestación o actividad principal que dicho proveedor ofrece a los consumidores y por el cual estos asisten a las salas de cines; por tanto, la venta de alimentos (productos comestibles, bebidas, entre otros) constituye solo una actividad secundaria (complementaria), ofreciéndose ambos servicios incluso de forma separada.

Al respecto, consideramos que realizar dicha interpretación no solo excede cuáles son las facultades que tiene el INDECOPI sobre el particular, sino que también es erróneo.

En primer lugar, el INDECOPI (ya sea la CC2, la SPC o algún otro órgano en general) tienen la facultad para definir cuál es el modelo de negocio de una empresa administrada. Como mencionamos, la función del INDECOPI es principalmente tutelar el mercado y a los agentes que intervienen en este (como lo son los agentes económicos, proveedores y consumidores).

Solo será posible que sancione aquellas conductas que sean contrarias al ordenamiento jurídico, sin importar cuál sería el modelo económico adoptado para tal fin. Al intentar esbozar cuál es el modelo económico de Cinemark, en el fondo se está redimensionando el derecho a la libre iniciativa privada y libertad de empresa de los agentes económicos.

Ello nos lleva a por qué dicho análisis es erróneo. Como hemos visto líneas anteriores en este Informe, la competencia lleva a que los agentes económicos que participan en el mercado sufran daño concurrencial. Para evitar ello, o cuanto menos mitigarlo, las empresas se esfuerzan en mejorar el producto o servicio que ofrecen al mercado, ya sea a través de innovación, reducción de precios, variación de la oferta disponible, implementación de promociones, entre otras estrategias que puedan coadyuvar a que resalten por sobre su competencia en el mercado.

¿Qué implica ello? Sencillo. La realidad del mercado es sumamente dinámica. El constante cambio se vuelve obligatorio con la finalidad de que un agente económico pueda seguir compitiendo. Siendo ello así, resulta inidóneo emplear la información que pueda estar consignada en una ficha R.U.C. para determinar cuál sería el modelo de negocio o actividad “principal” o “secundaria” de un agente económico. Existen distintas variables que podrían determinar ello (rentabilidad, frecuencia, prestigio, entre otros)

que exceden a la información que pueda estar presente en la ficha R.U.C. y que, además, como mencionamos, está sujeta a una adaptabilidad constante.

Es innegable, pues, que, como menciona Cabrera, resultaría de gran relevancia estimar cuál es el límite de los derechos del proveedor respecto de su modelo de negocio, el cual debe ir acorde a lo establecido por la Constitución respecto a que la iniciativa privada y la libertad empresarial ejercida por este no deberán vulnerar la dignidad de la persona humana como derecho fundamental (2019, p. 61). Ello, sin embargo, en nuestra opinión implica un control del INDECOPI sobre las distorsiones que se presenten en el mercado prescindiendo de qué tipo de modelo de negocio ostentan los administrados.

Así, teniendo claro el límite de las facultades del INDECOPI sobre el particular, procederemos a explorar de forma sumamente breve qué alternativas tienen entonces los consumidores para satisfacer sus derechos frente a situaciones en las que un modelo de negocio no les es conveniente.

C. ¿Qué soluciones alternativas existen para satisfacer a los consumidores desfavorecidos por modelos económicos de negocio?

Idealmente, la respuesta a esta interrogante debería hallarse en el mismo lugar en el que se suscita el problema: en el mercado. No es extraño escuchar como postulado que la mejor alternativa para que el consumidor “castigue” al proveedor que no le convence o lo ha tratado mal es acudir a un proveedor diferente, a su competencia.

Ello, sin embargo, no siempre es posible. Del mismo modo que nos es posible para el Estado el intervenir en el modelo de negocio de las empresas, tampoco le es posible el forzar a que existan alternativas que satisfagan el derecho de los consumidores a su medida. De hecho, ni siquiera les es posible forzar la existencia de cualquier tipo de competencia.

Como hemos explorado en líneas anteriores, la forma que tiene el Estado para llamar a la competencia es incentivar su presencia a través de su rol de fomento (ya sea a través de políticas públicas por medio de las cuales concrete ofrecimiento de beneficios económicos o regulatorios o reconocimiento reputacional).

No obstante, no solo existen escenarios en los que la intervención del Estado no es necesaria, sino que no todos los mercados funcionan igual. Como menciona Bullard, existen escenarios en los que forzar la competencia no sería deseable. El autor menciona que obligar la presencia de agentes económicos en el mercado podría obstaculizar la obtención de eficiencias derivadas de, por ejemplo, economías de escala. Ello tendría como efecto evitar que los beneficios propios de la competencia (reducción de precios, incremento de la oferta, mejora tecnológica, entre otros) sean percibidos por los consumidores (2003, p. 763).

Entonces, ¿qué medidas se pueden tomar? Lamentablemente, no existe garantía de que, en aquellos casos en los que no existan alternativas “más convincentes” para el consumidor, incentivar la competenciaatraiga nuevos agentes económicos que le resulten “más convenientes”. Sin embargo, en nuestra opinión, fomentar el dinamismo de la competencia, por medio del rechazo de los consumidores a los proveedores que ya existen en el mercado, seguiría siendo la mejor opción.

Así, la intensificación del proceso competitivo, siempre que en el marco de este se respeten las reglas de libre y leal competencia, será la oportunidad más grande para los consumidores de hacerse con una mayor cantidad de beneficios. Sumado a ello, el apoyo del INDECOPI en la prevención de conductas anticompetitivas y desleales será fundamental.

Sobre el particular, es conveniente precisar que, como ya lo han mencionado autores como Gómez, “la legislación de libre competencia no tutela al consumidor, sino al proceso competitivo. Es el proceso competitivo, a través de las eficiencias económicas, que mejora el bienestar de los consumidores” (2006, p. 6). Esta misma posición es la que está presente en el objeto de legislación de nuestro país que tutela el proceso competitivo. Por ejemplo, la mencionada tesis está contenida tanto en el caso de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo N.º 1034 (norma que tutela la libre competencia) y la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N.º 1044 (norma que tutela la leal competencia).

Por consiguiente, aun cuando la competencia no tutela directamente al consumidor, sino de forma indirecta, el proceso competitivo, que es el objeto tutelado por el Derecho de la Competencia, no olvida que el consumidor sigue siendo el eje central del mercado. De este modo, es posible notar la necesidad de una visión omnicomprensiva del ya antes denominado Derecho Ordenador del Mercado con el fin de poder ser conscientes de la posibilidad de abordar los distintos problemas jurídicos que se presentan desde diferentes perspectivas, obteniendo así soluciones más satisfactorias.

5.1.2. ¿La prohibición de entrada de alimentos adquiridos fuera del establecimiento constituye una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta por limitar el derecho de elección de los consumidores?

Siguiendo la secuencia establecida en la sección anterior, y esclarecido que, como presupuesto, el rol de INDECOPI si incluye la tutela específica a los consumidores sin generar una intervención directa en la economía, para realizar el análisis correspondiente al segundo problema jurídico secundario, es imprescindible dividir el presente análisis en los siguientes puntos:

- a) Determinar en qué consisten las cláusulas abusivas de acuerdo con la regulación del CODECO, así como sus tipos (con especial atención al supuesto previsto en el artículo 50 literal e) del CODECO).

- b) Analizar de forma crítica si la argumentación desarrollada en la decisión de segunda instancia para concluir que Cinemark habría incurrido en una infracción por imponer una cláusula abusiva al restringir a los consumidores el ingreso de alimentos no adquiridos en sus áreas de confitería a las salas de cine de sus establecimientos se encuentra correctamente sustentada.
- c) Y, por último, examinar si, conforme a nuestra posición, el análisis realizado por la SPC es concordante con el marco teórico y legislativo determinado para las infracciones por cláusulas abusivas de ineeficacia absoluta.

A. Las cláusulas abusivas: Concepto y análisis desde su regulación en el CODECO

La regla general de la interacción entre agentes económicos es que las transacciones que decidan concretar se realicen presuponiendo la plena autonomía de las partes. Sin embargo, el fenómeno de la producción en masa de bienes y servicios ha traído consigo una nueva forma de contratación: la contratación masiva. El profesor De la Puente nos explica que la causa de este fenómeno, el cual consiste en una práctica que cada vez se encuentra más arraigada en nuestra forma de establecer relaciones jurídicas. Al respecto, nos comenta lo siguiente:

(...) existe de un lado, una masa de personas que tienen similares necesidades de bienes y servicios y que requieren de un instrumento jurídico que les permita satisfacerlas rápidamente. Al otro lado se encuentran los proveedores de tales bienes y servicios que tienen una similar necesidad de colocar rápidamente su producción y que también requieren utilizar una herramienta jurídica idónea para hacerlo. (1995, p. 18).

Así, surge la necesidad de comenzar a facilitar el proceso de contratación, de comenzar a hacer más simple la celebración de contratos. Para tal fin, se establecen reglas generales de contratación traducidas en cláusulas generales, es decir, que son de empleo uniforme por un colectivo importante con la finalidad de que las partes, sin importar con quién contraten, se encuentren ante condiciones relativamente similares (salvo, claro, que alguno de los agentes económicos que adopte dicho modelo de contratación estandarizada emplee, a su vez, alguna otra estrategia comercial con la finalidad de volver más competitiva y atractiva su oferta). En palabras de Morales, “los contratos con cláusulas contractuales generales contienen cláusulas que son predispuestas por el oferente de forma general y abstracta para fijar el contenido de los futuros contratos particulares” (2010, p. 34).

Con la estandarización de las cláusulas de los contratos, a la par, se reducen los costos de la celebración de contratos. Aquellos costos inherentes al entablamiento de una relación contractual se les denomina costos de transacción. En esa línea, como menciona Escobar, “gracias a la estandarización de compromisos contractuales, (los)

proveedores pueden simplificar sus procesos operativos y, por ende, reducir sus costos de producción y de comercialización” (2011, p. 263).

Al respecto, Bullard señala que el fenómeno de contratación masiva presenta una paradoja, pues, la reducción, mitigación o eliminación de los costos de transacción termina por reducir sustancialmente una de las características principales de la autonomía privada presente en la teoría contractual tradicional, la libertad, la cual permitía establecer la auto reglamentación de los intereses correspondientes a las partes del acuerdo: la negociación (2006, p. 508).

Efectivamente, lo normal es que los sujetos inviertan recursos (tiempo, dinero) en negociar el contrato con la finalidad de que el acuerdo al que lleguen les sea redituable. De este modo, garantizan que su interés se encuentra seguro y que, además, la otra parte sigue interesada en llegar a un acuerdo.

Sin embargo, frente a la intensificación del fenómeno de la contratación masiva cobra mayor importancia la legislación en materia de protección al consumidor (aplicable, claro, solo para aquellos casos en los que las partes califiquen como, por un lado, consumidor y, por el otro lado, proveedor; y que, a su vez, dicho contrato pueda ser calificado como un contrato de consumo).

Como menciona Patrón, esta asignación de recursos a la que se llega como resultado de la contratación será eficiente, es decir, los bienes intercambiados llegarán a manos de personas que los valoren más que sus propietarios anteriores, siempre que los obstáculos a los que se enfrenta, las fallas de mercado (como es el caso de los costos de transacción), sean minimizadas por la legislación en materia de protección al consumidor (2001, p. 300).

Ahora bien, la doctrina especializada en materia civil, de donde proviene primigeniamente la discusión sobre las cláusulas generales de contratación, ha afirmado que para que dichas cláusulas no resulten perniciosas para la parte que no imponga las condiciones de contratación (es decir, que estas no sean clasificadas como abusivas o “vejatorias”) deberá seguirse el principio de buena fe, es decir, que la imposición de condiciones contractuales no se haya realizado con la sola finalidad de generarle una desventaja a la otra parte contratante (Espinoza, 1998, p. 161). Dicha posición también ha sido compartida en algunos comentarios al CODECO (Carbonell, 2018, p. 216).

Lamentablemente, ello no es posible de ser advertido a simple vista en todos los casos, pues existe un desequilibrio entre el consumidor y el proveedor: la asimetría informativa, la cual complica la posibilidad de defensa de un consumidor que ya ha visto reducida (pero no neutralizada) su libertad de contratación.

Varios autores han apuntado a dicho problema como el fundamento de la existencia de cláusulas estandarizadas abusivas. Un ejemplo es Alfaro, quien ha destacado que la

ausencia de control por parte de los particulares es el fundamento por el cual se celebran cláusulas que presenten un desequilibrio entre el proveedor y el consumidor. Por dicho motivo, ante la falta de un remedio privado, sería el legislador el encargado de establecer mecanismos contenidos en disposiciones normativas que protejan a los consumidores en aras de su reducida libertad contractual. (1998, p. 63).

Además, el mismo autor ha mencionado que la solución no pasa por imponer un deber de información, pues ello desincentivaría su búsqueda (Alfaro, 1994, p. 321). En ello también coinciden Herrera y Álvarez-Estrada, quienes señalan que “(...) para que los adherentes en este tipo de contrato pudieran tener toda la información relevante para la celebración del mismo se necesitaría invertir demasiado tiempo y esfuerzo en la revisión de distintos contratos ofrecidos (...)” (p. 39).

Es importante destacar que dichas restricciones solo se justifican en tanto no existe un proceso de negociación previo. Como señala correctamente Baca, “(...) se trata de limitaciones a la libertad contractual, pues mientras que estas cláusulas podrían ser admisibles en contratos en donde ambas partes negociaran libremente el contenido, no lo son cuanto libertad les falta (...)” (2013, p. 43).

Por último, a ello es importante adicionar lo mencionado por Arana sobre la oportunidad en la que debería determinarse la ilicitud de las cláusulas abusivas. Al respecto, la mencionada autora resalta que ello dependerá del enfoque de la respuesta que la Administración Pública vaya a emitir sobre el particular.

Así, en función al equilibrio contractual entre las partes, se puede diferenciar dos opciones: (i) detección en la etapa precontractual, la cual tiene como finalidad evitar con anticipación que el proveedor efectivamente incorpore una cláusula abusiva en el contrato; o, por el contrario, (ii) en la etapa postcontractual, por medio de la cual lo principal será determinar la responsabilidad administrativa del presunto infractor y, adicionalmente, establecer la sanción aplicable estableciendo sanciones, en caso de incumplimiento” (2010, p. 63).

Teniendo en cuenta el fundamento de las cláusulas abusivas y cuál es la justificación de su regulación, resulta pertinente referirnos a la definición que plantea el CODECO en su artículo 49, la cual señala que las cláusulas generales de contratación que no estén aprobadas administrativamente podrán ser consideradas abusivas si colocan, de mala fe, en una situación de desventaja al consumidor.

Ahora bien, es destacable, y fundamental para el análisis siguiente, que dicho cuerpo normativo distingue en sus artículos 50 y 51 dos tipos de cláusulas abusivas: aquellas denominadas de ineficacia absoluta y aquellas de ineficacia relativa, respectivamente.

Efectivamente, además de contemplar el desequilibrio contractual como presupuesto para calificar una cláusula estandarizada como abusiva, es importante tener en cuenta

la existencia de un criterio de gravedad para diferenciar la consecuencia jurídica que será aplicable, además del contexto en el cual se haya incorporado la cláusula abusiva. Al respecto, por ejemplo, Gómez se ha pronunciado señalando que, por las circunstancias económicas en las que se encuentra un consumidor, podría preferir aceptar que el proveedor le otorgue menores garantías (por ejemplo, aceptar que se limite la responsabilidad del proveedor por productos o servicios defectuosos) a cambio de obtener un beneficio, normalmente asociado a la reducción del precio. De este modo, puede ser el mismo consumidor quien, a su criterio califique un contrato en el que no tenga posibilidad de reclamo futuro como “más beneficioso” (2010, pp. 109-110).

El artículo 50 del CODECO expresa una lista cerrada (*numerus clausus*) de cláusulas abusivas de ineeficacia absoluta, es decir, que son inexigibles en todos los casos y bajo cualquier circunstancia. Entre estas se encuentra el literal e), el cual indica la prohibición de reducir el ámbito de acción de los derechos legalmente reconocidos a los consumidores.

Por su parte, el artículo 51 establece una lista abierta (*numerus apertus*) para ejemplificar qué tipos de cláusulas podrían considerarse de ineeficacia relativa, las cuales solo resultarán inexigibles si se genera un desequilibrio contractual conforme al contexto en el que se enmarque la relación de consumo.

Sobre el particular, podemos advertir una característica principal propia de cada tipo de cláusula abusiva asociada, como mencionamos en párrafos anteriores, a la gravedad. Por un lado, las cláusulas abusivas de ineeficacia absoluta están dirigidas a derechos que se encuentran limitados o anulados por el proveedor.

En contraste, las cláusulas de ineeficacia relativa se refieren a supuestos en los cuales el derecho del consumidor todavía puede ejercerse correctamente; no obstante, ello le resultaría más difícil, costoso o engorroso de lo que podría en condiciones normales, por lo cual será importante en este segundo supuesto atender al contexto en el cual se presente el desequilibrio contractual.

Finalmente, es conveniente mencionar una revisión breve de los pronunciamientos disponibles de la SPC sobre el particular. Al respecto, es importante mencionar una de las resoluciones más importantes sobre la materia, la Resolución N.º 0078-2012/SC2-INDECOPI (Caso Baldo Kresalja vs. Foto Digital S.A.), por medio de la cual se establecieron dos criterios que, de forma indiscutible, coadyuvan a determinar cuándo se está frente a una cláusula de carácter abusivo. Estos criterios son los siguientes¹¹:

- (i) Que no haya existido negociación entre el consumidor y el proveedor respecto del contenido de la cláusula materia de cuestionamiento. Si el proveedor acredita la existencia de negociación, la denuncia debe declararse infundada.

¹¹ En los mismos términos, la SPC ha señalado en el numeral 46 de la Resolución N.º 740-2020/SPC-INDECOPI que dichos presupuestos deberían ser observados para determinar el carácter abusivo de una cláusula.

- (ii) Que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes, en perjuicio del consumidor.

Dichos criterios se han venido sido aplicado de forma recurrente en diversos pronunciamientos de la SPC sobre la materia¹² que fueron emitidos posteriormente a la finalización en sede administrativa del presente caso bajo análisis. En particular, el análisis realizado por el órgano colegiado de segunda instancia parte de la premisa de la importancia de establecer especial protección en los escenarios en los que el consumidor ve reducida su libertad contractual (ver, por ejemplo, el numeral 68 de la Resolución N.º 1918-2021/SPC-INDECOPI o el numeral 103 de la Resolución N.º 145-202/SPC-INDECOPI).

Adicionalmente, consideramos importante resaltar que la SPC incorpora dentro de sus premisas que el desequilibrio contractual no debe versar necesariamente de sobre un monto económico (por ejemplo, el precio en un contrato de compraventa, la renta en un contrato de arrendamiento o cualquier otro tipo de contraprestación), sino que se trata de un desequilibrio en el esquema de derechos y obligaciones que se estipulen en el marco de la relación jurídica contractual (ver, por ejemplo, el numeral 106 de la Resolución N.º 1262-2021/SPC-INDECOPI o el numeral 63 de la Resolución N.º 611-2022/SPC-INDECOPI).

Desarrollado el marco teórico referido a las cláusulas abusivas, pasaremos a evaluar si es que el razonamiento empleado por la SPC para determinar que la restricción de acceso a las salas de cine con alimentos que no hayan sido adquiridos en su área de confitería impuesta por Cinemark constituye una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta es jurídicamente sustentable.

B. ¿Cuál es el razonamiento para que el INDECOPI haya determinado que Cinemark incurrió en la imposición de una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta en la modalidad de limitación de los derechos de los consumidores?

Partiendo de la base conceptual desarrollada en el apartado anterior, corresponde a continuación identificar cuales son los pasos lógicos que llevaron a la SPC a concluir que Cinemark habría cometido una infracción administrativa al imponer una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta por restringir el acceso a de los consumidores a las salas de cine con productos alimenticios adquiridos en un lugar diferente al área de confitería de sus instalaciones.

¹² Igualmente, también se utilizan los criterios esbozados por Guido Alpa en el Caso Baldo Kresalja vs. Foto Digital S.A., entre los cuales se encuentran (i) la existencia de un menoscabo al consumidor, (ii) que dicho menoscabo se encuentre contenido en un contrato, el cual, al ser interpretado en su integridad, no pueda determinarse que existió alguna habilitación para incluir dicha disposición y (iii) aquel menoscabo perjudique al consumidor de forma significativa. Este es el caso, por ejemplo, del numeral 25 de la Resolución N.º 3152-2018/SPC-INDECOPI.

Con la finalidad de poder apreciar a detalle el razonamiento de la SPC sobre el particular, consideramos importante tomar como punto de partida lo dispuesto en el numeral 75 de la decisión de la segunda instancia:

75. Si bien tal como lo señala Cinemark en sus descargos, no se encuentra acreditado dentro del procedimiento que la adquisición de productos en la confitería fuera obligatoria para permitir el acceso de los consumidores al cine; lo cierto es que esta Sala advierte la existencia de una restricción que limita la libertad de elección de los consumidores para poder escoger y adquirir entre productos de calidad en el lugar que considere conveniente. Cabe señalar que dicha situación se agrava, si se tiene en cuenta que, en algunos supuestos, la calidad de los alimentos ofertados es inferior a los que pueden comprarse en el exterior: e. incluso más costosos.

(El subrayado es nuestro)

De este modo, en primer lugar, es posible apreciar que la SPC tiene un concepto de derecho a la libertad de elección amplio que impacta directamente con los derechos de libre iniciativa privada y libertad de empresa de los agentes económicos. Bajo la posición adoptada por la segunda instancia, no es suficiente con que el consumidor pueda realizar su decisión de consumo en el marco de la oferta disponible del proveedor, sino que es imperativo que dicha oferte cuente con productos alternativos o sustitutos que varíen en calidad y precio.

Subrayar dicha premisa nos parece relevante debido a que dicha sustentación sobre la materialización de la limitación al derecho a la elección del consumidor ignora que la posibilidad de que el consumidor opte por (i) no consumir alimentos durante la proyección de la película o (ii) acudir a un proveedor diferente se mantiene incólume.

Ciertamente, Cinemark sí está restringiendo la posibilidad de que los consumidores accedan a sus salas de cine con alimentos adquiridos fuera de sus instalaciones en aras de la posibilidad de ordenar su propio modelo de negocio, pero queda claro que el consumidor, ante dicha situación, puede seguir eligiendo.

En segundo lugar, para sostener su conclusión sobre la configuración de la infracción administrativa, la SPC recurre a una contraargumentación por medio de la cual determinó, a su criterio, cuál debió ser una conducta racional por parte de Cinemark para evitar incurrir en la imposición de una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta. Esta es la siguiente:

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

(El subrayado es nuestro)

Nuevamente, en nuestra opinión, estamos frente a un razonamiento parcializado en el cual se condena de manera irreflexiva la adopción de prohibiciones parciales. Pareciera que, a criterio de la SPC, el hecho de que Cinemark permita el ingreso a sus salas de cine con alimentos adquiridos en su confitería es equivalente a que debería, asimismo, permitir el ingreso con diversos tipos de alimentos.

A nuestro juicio, dicha deducción tiene como fundamento la concepción (equivocada) que existe del derecho a la libre elección de los consumidores, el cual, a criterio de ASPEC y de la segunda instancia, debería permitir la modificación del modelo de negocio del proveedor siempre que este no satisfaga las pretensiones de los consumidores.

Complementando su contraargumentación, la segunda instancia establece qué tipo de justificaciones hubieran sido más idóneas para justificar el accionar de Cinemark:

81. Asimismo, de la revisión y valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, esta Sala advierte que Cinemark no ha acreditado dentro del procedimiento que dicha restricción obedezca a la existencia de factores objetivos; tales como podría ser: higiene, estructura, orden público, así como evitar daños y molestias a las personas o bienes y similares.

(El subrayado es nuestro)

A partir del párrafo anteriormente citado, es posible apreciar que, contrariamente a lo que la segunda instancia sugiere al afirmar que los derechos de los consumidores fueron limitados, existen justificaciones que la misma autoridad administrativa sí consideraría idóneas para excusar que Cinemark, en aras de su libertad empresarial y libre iniciativa privada, establezca la restricción bajo análisis.

Además de lo mencionado, no solo queda claro que la conclusión a la cual llega la SPC no ha cumplido con la rigurosidad suficiente para que se determine que Cinemark incurrió en la infracción que se le imputó, sino que, además existe un agravio al principio de licitud, toda vez que la carga de comprobar que la infracción administrativa se

encuentra debidamente acreditada recae en la Administración Pública y no se agota en si la defensa de Cinemark fue o no suficiente para acreditar su inocencia.

Sin duda, ello no solo pone en evidencia que existe un posible problema relativo a la validez de la resolución administrativa, sobre la cual volveremos en un siguiente apartado, sino que resalta que se determinó la responsabilidad administrativa de Cinemark sin haber hecho la actuación necesaria de medios probatorios o recabar la información suficiente para que se pueda concluir existió realmente una limitación, justificada o injustificada, de los derechos de los consumidores.

Teniendo en consideración las bases de la estructura argumentativa empleada por la SPC para determinar la responsabilidad administrativa de Cinemark por la imposición de una cláusula abusiva de prohibición absoluta, en el siguiente apartado procederemos a sentar nuestra posición sobre el particular.

C. Posición crítica sobre el extremo de la Resolución N.º 243-2018/SPC-INDECOPI por medio de la cual se declaró fundada la imputación en contra de Cinemark por la imposición de cláusulas abusivas de ineeficacia absoluta

Partiendo de la identificación de los apartados concretos que permiten entender el razonamiento construido por la SPC para determinar la responsabilidad administrativa de Cinemark realizada en el punto anterior, la presente sección estará centrada exclusivamente en delimitar si realmente, a efectos de la restricción de alimentos adquiridos en lugares diferentes a las áreas de confitería de Cinemark presentes en sus establecimientos, esta constituía o no una restricción al derecho a la libertad de elección de los consumidores consagrado en el artículo 1.1. literal f) del CODECO.

Como punto de inicio, debemos definir de forma clara y sucinta a qué nos referimos con derecho a la libre elección. Como cuestión previa, vale la pena determinar qué implica “elegir”. La elección no es más que un proceso de decisión interno entre dos o más alternativas.

Sobre el particular, corresponde precisar que el hecho de que el proceso de decisión sea interno, que no es más que la construcción de nuestra manifestación de voluntad de definir qué opción es la más adecuada para satisfacer nuestros intereses, no implica que existan factores externos a nuestro espectro volitivo interno que puedan condicionar cuál será nuestra preferencia final (por ejemplo, la publicidad, la cual está destinada principalmente a crear un efecto persuasivo en sus receptores sobre los beneficios de un producto o servicio y, por tanto, incentivar a que este sea adquirido).

Ahora bien, la posibilidad de elegir siempre nos sitúa frente a más de una posibilidad. Trasladado ello a qué implica la elección de consumo, tenemos que es claro que los consumidores pueden ejercer su derecho a elegir siempre que tengan la opción de escoger entre más de un producto o servicio.

¿Qué pasa entonces cuando nos encontramos frente a una sola opción? Pensemos, por ejemplo, que el área de confitería del cine solo ofrece *pop corn* salado, sin tener en stock alternativas como nachos o chocolates; y que, además, no ofrece opciones de bebidas más allá de determinadas marcas de gaseosa y no otras alternativas como agua o limonada.

¿Acaso se puede afirmar que el consumidor se ve impedido de elegir por no tener la opción de su mayor preferencia entre aquellas que tiene en disponibilidad su proveedor? Nuestra posición es que ello no es así. En efecto, el consumidor siempre va a tener en situaciones como la descrita, por lo menos, dos opciones: (i) Adquirir los productos que sí se ofrecen por el proveedor o (ii) No adquirir los productos que el proveedor ofrece.

Siguiendo la misma línea de análisis, y tal y como mencionamos en párrafos anteriores, en artículo 1.1 literal f) del CODECO se encuentra la definición legal de dicho derecho, la cual puede desarticularse en los siguientes componentes: (i) la elección debe ser libre, (ii) dicha elección libre del consumidor se realiza entre productos o servicios que sean de calidad y cumplan con ser idóneos, (iii) los productos y servicios sobre los cuales se ejerce el derecho de libre elección son aquellos que se encuentran siendo ofertados en el mercado; y finalmente, que (iv) los consumidores deberán ser informados por los proveedores de la cantidad de existencias en su stock.

A partir de dichos cuatro elementos se puede inferir cómo es que debe materializarse el derecho a la libre elección para ser acorde con su regulación en el CODECO:

- Como primer punto, tenemos que la elección que realice el consumidor debe ser libre. Ello, a nuestro criterio, implica que sea el consumidor quien decida por sí mismo qué opción de consumo va a tomar. Ello no significa que no existan intentos por parte de las empresas proveedoras de captar su preferencia por medio de promociones, ofertas o publicidad.

La libertad a la que se hace referencia debe ser entendida como libre de condicionamiento o coacción, es decir, sin tomar ventaja de la situación del consumidor para forzar a que tome una decisión de consumo que no habría tomado sin tener dicho condicionamiento.

- Asimismo, como segundo punto, los bienes y servicios sobre los cuales el consumidor puede libremente decidir si adquirir deben cumplir un estándar de calidad y, por tanto, cumplir con ser idóneos, es decir, su uso deberá corresponder con aquello que espera el consumidor como resultado de las garantías que expresamente le han ofrecido, aquellas que implícitamente se entienden que el producto o servicio debería poder satisfacer o las que legalmente se encuentran contenidos en la normativa.

Al respecto, puede afirmarse entonces que, por ejemplo, la puesta a disposición de productos inidóneos afecta el derecho a la libre elección de los consumidores.

- Como tercer punto, tenemos que la elección libre que podrá realizar el consumidor se encuentra limitado a aquellos productos que se encuentran siendo ofertados en el mercado.

Sobre lo mencionado, debemos precisar a qué nos referimos con “productos que sean ofrecidos en el mercado”. Como hemos desarrollado en párrafos anteriores, ante la oferta de un proveedor, el consumidor puede optar por concretar su elección de consumo tomando en cuenta solo la gama de productos o servicios que el proveedor frente al cual se encuentra o, de lo contrario, declinar su oferta y acudir a un proveedor alternativo que concurren en el mercado.

Ello deja claro que la elección de consumo pasa por dos etapas: (i) primero, determinar con qué proveedor se concretará la relación de consumo y (ii) segundo, qué productos o servicios serán adquiridos del proveedor seleccionado.

Reseñadas las etapas de la elección de consumo, queda claro que, cuando el consumidor ya ha delimitado con qué proveedor quiere contratar, la segunda etapa de su elección de consumo solo se podrá concretar con aquellos productos o servicios que dicha empresa tenga en su catálogo.

¿Acaso tendría sentido entender que ofrecimiento “en el mercado” debe ser entendido de forma extensiva como cualquier proveedor que brinde un servicio similar? Nuestra posición es que no.

El ejercicio efectivo de nuestros derechos siempre tiene que enmarcarse de acuerdo con el contexto. Es por ello por lo que la individualización del proveedor deseado para concretar la decisión de consumo es necesaria para que el consumidor realmente centre qué opciones tiene dentro del espectro de todos los proveedores que concurren en el mercado.

En ese sentido, a nuestro juicio, carecería de sentido que, una vez que se haya escogido a la empresa en la que se desea concretar la adquisición del producto o servicio y, luego de revisada su oferta cabal, el consumidor no se encuentre una opción por medio de la cual pueda satisfacer sus intereses, se pretenda denunciar la afectación del derecho a la libre elección en lugar de optar por una fuente de aprovisionamiento sustituta. Se trata de una libertad de elección ejercida en el marco de la libertad de empresa del proveedor (Sánchez, 2020, p. 55).

- Como cuarto punto, tenemos que la libre elección de los consumidores solo se podrá concretar correctamente siempre que el proveedor informe sobre la disponibilidad de los productos o servicios que ofrece.

En adición a la definición que hemos construido y a aquella que se encuentra en el artículo 1.1. literal f) del CODECO, consideramos pertinente agregar algunos aspectos adicionales que se han señalado en la doctrina. Particularmente, nos referimos a que es indeseable que se le obligue al proveedor a internalizar los costos de incurrir en trámites de alto nivel de complejidad con el propósito de abastecerse de una mayor variedad de productos o servicios (Fuentes y Sánchez, 2017, p. 305).

Siguiendo la línea argumentativa construida en las líneas anteriores, tenemos que no sería posible concluir que en este caso existió una afectación al derecho a la libre elección de los consumidores. Ello se debe a que, como hemos sido enfáticos en mencionar, el consumidor no se ve totalmente privado de su posibilidad de elegir libremente, pues (i) se mantiene la posibilidad de que pueda negarse a adquirir productos de la confitería de Cinemark en caso no desee adquirir ningún alimento en vista de que comprar comida no es condición necesaria para poder adquirir o hacer efectivo el boleto para acceder a la proyección de una película en una sala de cine o (ii) puede decidir acudir a otra cadena de cine distinta a Cinemark en la que no se opte por el modelo de negocio de restringir el acceso a la sala de los cines a consumidores que busquen entrar con alimentos adquiridos fuera de los establecimientos del cine.

En aras de dicha primera conclusión parcial, y siguiendo nuestra línea argumentativa seguida en los apartados anteriores, tenemos que, debido a que no se ha limitado o restringido sustancialmente el derecho a la libertad de elección de los consumidores, en realidad la discusión tanto en las instancias correspondientes a la CC2 como a la SPC debió versar sobre una cláusula abusiva de ineeficacia relativa.

Efectivamente, y sin perjuicio de la mención sobre el particular al analizar si se cumplió o no con el principio de tipicidad en el presente procedimiento administrativo sancionador, ha quedado evidenciado que el consumidor puede seguir haciendo uso de su derecho a la libre elección, por lo que, a nuestro criterio, en caso se fuera a discutir la comisión de alguna infracción administrativa vinculada a la restricción del acceso de los consumidores a las salas de cine con productos adquiridos en lugares diferentes a las áreas de confitería de las instalaciones del cine, esta debió contemplar un análisis de vejatoriedad posterior que, a criterio de la SPC, solo se realiza en el caso de cláusulas abusivas de ineeficacia relativa.

Dicho análisis, sin embargo, debió contemplar aquellos aspectos que revisamos en el apartado anterior la SPC dejó de lado al momento de construir la estructura argumentativa de su tesis respecto a cómo Cinemark habría cometido una infracción al artículo 50 literal e) del CODECO.

Nos referimos a (i) la posibilidad de establecer una restricción parcial de ingreso de alimentos a las salas de cine, permitiendo solamente el acceso con alimentos adquiridos

en las áreas de confitería de las instalaciones del cine y (ii) la existencia de explicaciones a la imposición de la restricción por parte de Cinemark.

En vista de que el primer punto se refiere a la libertad empresarial de Cinemark de establecer unilateralmente sus políticas de ingreso al local, creemos oportuno pronunciarnos de forma concreta sobre aquellas explicaciones brindadas en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

Sin duda, no es casualidad que sean solo determinadas marcas de productos las que se oferten en las confiterías de determinados cines. Es posible que existan inversiones en materia publicitaria y contratos de exclusividad que tengan como objetivo resguardar dichas inversiones.

Ahora bien, aun sin ponernos en dicho escenario, lo cierto es que, durante los años inmediatamente anteriores al inicio del procedimiento administrativo sancionador bajo análisis, los ingresos recaudados por la confitería han representado hasta el 41% de los ingresos totales percibidos por Cinemark. Ello lo podemos apreciar en el siguiente cuadro extraído del Dictamen de los Auditores Independientes sobre los Estados Financieros correspondientes a los años finalizados el 31 de diciembre de 2017 y 2016:

Tabla 1 – Detalle de ingresos por línea de negocio – Cinemark (2016-2017)

Detalle de ingresos por la línea de negocio	2016		2017	
	Ingreso en miles de soles	Porcentaje del ingreso total	Ingreso en miles de soles	Porcentaje del ingreso total
BOLETERÍA	82,937	54%	82,237	54%
CONFITERÍA	61,095	40%	61,572	41%
PUBLICIDAD EN PANTALLA	2,332	2%	3,759	2%
OTROS	6,086	4%	3,907	3%
TOTAL DE INGRESOS	152,450	100%	151,475	100%

Fuente: Dictamen de los Auditores Independientes sobre los Estados Financieros correspondientes a los años finalizados el 31 de diciembre de 2017 y 2016

Elaboración: Propia

Dicha suma equivale a cerca de la mitad de los ingresos que percibió Cinemark durante el 2016 y 2017. En ese sentido, no es impensable que la estructura de gastos de dicha empresa presuponga las ganancias que se obtienen en confitería para cubrir el costo de los servicios de sus trabajadores, la reposición de stock de la confitería, la limpieza de sus instalaciones e incluso de los derechos de la proyección de las películas.

Se tiene evidencia entonces de la vitalidad de percibir dicho monto de la confitería para mantener la sostenibilidad del modelo de negocio de Cinemark.

¿Cómo impactaría a ello el ingreso de alimentos adquiridos en lugares distintos al área de confitería de Cinemark? Además de la reducción de ingresos percibidos en el área de confitería (sin que ello signifique poner en riesgo el ingreso del cine), se tiene que el

cine tiene que cubrir costos asociados al uso de sus instalaciones por parte de dichos usuarios (como la limpieza de sus lugares) por los que no percibe un pago a cambio.

Además de ello, se tiene que ingresarían al cine alimentos que no necesariamente hayan sido elaborados o guardados con el mismo nivel de cuidado al que está obligada el área de confitería del cine.

Todas estas circunstancias no contratadas que, en este caso negativas, a las que la literatura ha denominado externalidades negativas, terminarían siendo asumidas por Cinemark sin que dicha empresa reciba la contraprestación que compensa la internalización de dichos costos no contratados al momento de que se establecen relaciones de consumo entre los consumidores que acuden a ver una película y el área de confitería del cine.

Por ello, consideramos que resultaba necesario que existiera un análisis de los efectos que se producirían por la implementación de la cláusula presuntamente abusiva en el caso concreto.

Así, como conclusión parcial de esta sección correspondiente al segundo problema jurídico secundario del primer problema jurídico principal, tenemos que; (i) no debería ser posible afirmar que existió realmente una eliminación o limitación del derecho a la libre elección de los consumidores en este caso, (ii) la cláusula abusiva que fue imputada por la ST-CC2 debió ser de ineficacia relativa al estar referida a la disminución del ámbito de aplicación del derecho de libre elección de los consumidores en el caso concreto; y, finalmente (iii) para realizar el análisis de vejatoriedad propio de las cláusulas abusivas de ineficacia relativa se debió considerar el impacto que tiene los ingresos del área de confitería de Cinemark y la posible estructura de gastos de dicha empresa para determinar si la restricción que le impuso a sus consumidores realmente calificaba como una cláusula abusiva.

5.2. Segundo Problema Jurídico Principal:

¿La Resolución N.^º 243-2018/SPC-INDECOPI contraviene alguno de los requisitos de validez del acto administrativo?

El desarrollo del presente apartado requiere que no se pierda de vista cuál es la naturaleza jurídica de la decisión emitida por la SPC. LA Resolución N.^º 243-2018/SPC-INDECOPI es un acto administrativo por medio del cual la Administración Pública, a través del INDECOPI, manifiesta su voluntad de decidir sobre las imputaciones realizadas en contra de Cinemark.

Sin embargo, la potestad sancionadora de la Administración Pública o *ius puniendi* no se manifiesta por medio de un simple pronunciamiento o comunicado, sino que se requiere seguir una serie de formalidades que cuentan con estructura procedural

para respetar la constitucionalidad y legalidad del pronunciamiento (controlando el ámbito de discrecionalidad de la potestad sancionadora) y permitirle a los organismos de la Administración Pública demostrar a detalle la justificación técnica, jurídica y económica de sus pronunciamientos: el procedimiento administrativo sancionador.

De esta manera, puede afirmarse que el procedimiento administrativo sancionador se puede analizar desde la óptica de la Administración Pública y desde la óptica de la garantía que este le representa a los administrados. En cuanto a la primera vertiente, tenemos que este permite que la Administración Pública solo cumpla con sancionar las conductas que realmente constituyen una infracción. Para tal fin, y con la finalidad de evitar desnaturalizar el ejercicio del *ius puniendi*, se deberá emplear las herramientas probatorias correspondientes en el marco del procedimiento con la finalidad de esclarecer si los supuestos de hecho previstos en la normativa de infracciones se han sido concretados en la realidad. En cuanto a la segunda vertiente, se le permite al administrado contar con garantías de debido procedimiento como la defensa con la finalidad de ser escuchado y proteger su esfera jurídica individual y su patrimonio (Tamayo, 2009, p. 444).

Consideramos que esta dicotomía es sumamente importante en vista de que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración puede acarrear la imposición de gravámenes en las esferas jurídicas de los administrados, por lo cual es imperante que dichas consecuencias jurídicas le sean aplicadas a quienes, efectivamente, sean responsables de la comisión de una infracción administrativa.

Asimismo, resaltamos la importancia que dicho procedimiento se materialice con las garantías correspondientes para los administrados y el respeto de estas por parte de la Administración Pública, siendo de las más importantes el denominado debido procedimiento, el cual muchos autores entienden como la manifestación del derecho al debido proceso en el marco de los procedimientos administrativos (Huapaya, 2015, p. 139).

Concretamente, a lo largo de esta segunda sección nos ocuparemos principalmente de aspectos puntuales que fueron discutidos en el procedimiento administrativo sancionador relativos a (i) la identificación de la conducta infractora en la que habría incurrido Cinemark (principio de tipicidad), (ii) la relación de los fundamentos esbozados para determinar la sanción aplicable a Cinemark con aquel razonamiento que sustentó su responsabilidad administrativa y, finalmente, (iii) la adecuación de la medida correctiva impuesta por la SPC.

5.2.1. ¿La tipificación de la conducta de Cinemark referida a la imposición de una cláusula abusiva por restringir el acceso a sus salas de cine con alimentos que no hayan sido adquiridos en su área de confitería es correcta?

Para abordar el presente problema jurídico secundario, resulta pertinente dividir el presente análisis en los siguientes puntos:

- a) Abordar de forma sucinta el principio de tipicidad del procedimiento administrativo sancionador y su relevancia como presupuesto esencial para la aplicación del *ius puniendi* del Estado.
- b) Evaluar, de forma específica, si la imputación realizada por el INDECOPI se sostiene de acuerdo con los hechos que se afirma concurrieron en la realidad o si, en todo caso, se debió adoptar una imputación alternativa en el presente caso.

A. El principio de tipicidad del procedimiento administrativo sancionador

Junto con el principio de legalidad que demarca la posibilidad de que determinada entidad de la Administración Pública cuente dentro de su competencia con habilitación legal para sancionar conductas infractoras, el principio de tipicidad es de vital importancia para dar correcto inicio al procedimiento administrativo sancionador.

En simple: no existe posibilidad alguna de que la Administración Pública intervenga para sancionar la conducta de un administrado, aun si es que tuviera la potestad sancionatoria reconocida legalmente, si la actuación que merecería una sanción no se encuentra expresamente tipificada en nuestro ordenamiento jurídico (Rojas, 2013, p. 651).

Para reconocer jurídicamente que una conducta amerita la imposición de una sanción, es menester que el supuesto de hecho esté contemplado en una descripción legal, de modo tal que los administrados puedan reconocer previamente qué conductas se encuentran fuera de su esfera de libertad y, así, puedan prevenir la comisión de un ilícito administrativo (Gómez y Vergaray, 2009, p. 410). Ello, a su vez, tiene una vinculación directa con salvaguardar la seguridad jurídica y la predictibilidad al ser posible advertir cuáles son las consecuencias jurídicas aplicables a la comisión de la conducta infractora y en qué medida se realizará dicha aplicación (Guzmán, 2020, p. 750).

Para llegar a cumplir las finalidades descritas en el párrafo anterior, es indispensable que la tipicidad se encuentre sujeta a un estándar de exhaustividad suficiente como para que se limite la discrecionalidad de la autoridad que podría sancionar la conducta infractora (Morón, 2019, p. 421). De no ser así, se crearía un escenario en el cual existiría una Administración Pública que, de acuerdo con el entendimiento de cada organismo, podría tener distintas opiniones de qué conductas se encuentran comprendidas en determinado tipo infractor.

Ahora bien, la exhaustividad de la tipicidad no puede llegar a límites en los que se pretenda que el legislador pueda comprender en uno o varios enunciados de disposiciones normativas todas aquellas conductas antijurídicas que actualmente

concurren en nuestra realidad (Martin, 2010, p. 184). Es por ello que, en diversas materias, existen infracciones que se encuentran tipificados bajo formulas abiertas con parámetros como es el caso de las cláusulas generales en materia de libre competencia o competencia desleal, por ejemplo.

De igual manera, el uso de conceptos jurídicamente indeterminados ha resultado ser idóneo para mantener cierta flexibilidad en la fórmula del tipo infractor. Ello se debe, por ejemplo, a su idoneidad para permitir que determinada conducta infractora sea sancionada a pesar de la realidad constantemente cambiante (Zegarra, 2016, p. 701).

Teniendo ello en consideración, a continuación, pasaremos a desarrollar de forma concreta si es que, a nuestro juicio, la imputación realizada por la ST-CC2 que dio inicio al procedimiento administrativo sancionador bajo análisis fue correcta.

B. ¿Es correcta la imputación realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N.º 2?

Sobre el particular, ya hemos adelantado nuestra posición al determinar en el desarrollo de nuestra respuesta al primer problema jurídico principal que, en nuestra opinión, no fue correcta la imputación realizada por la ST-CC2 por medio de la resolución de inicio.

Para llegar a dicha conclusión nos basamos principalmente en dos puntos:

- (I) La incorrecta subsunción de los hechos corroborados en la hipótesis de incidencia del tipo infractor que se le imputó a Cinemark: Como hemos discutido con mayor amplitud en el apartado anterior, el derecho a la libre elección de los consumidores no ha sido afectado en la medida que se amerite sancionar la restricción de Cinemark con una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta.

Como desarrollamos previamente, estamos ante un escenario en el que es, cuanto menos, debatible si es que realmente se ha mermado la posibilidad de que el consumidor escoja en aras de su libertad, ya que, por un lado, no existe condicionamiento alguno a que deba adquirir alimentos de la confitería para disfrutar de la función para la cual ya compró boletos; y, por otro lado, aun cuando no le satisfaga la oferta disponible por la confitería, el consumidor siempre tiene la opción de negarse a comprar o, en su defecto, acudir a un proveedor alternativo en su siguiente visita al cine.

Entrando en materia propia del principio de tipicidad, es indispensable que los hechos sobre los cuales se presume se ha cometido una infracción se encuentren correctamente subsumidos en el tipo infractor contenido en la norma.

De no ser ello así, dicha imprecisión debería acarrear como consecuencia jurídica la nulidad de las actuaciones administrativas respecto a dicho extremo

de la imputación realizada en contra de Cinemark, disponiéndose así el archivo definitivo de la imputación por la presunta comisión de cláusulas abusivas de ineeficacia absoluta.

- (II) La inexactitud del tipo infractor empleado para el inicio del procedimiento administrativo sancionador: Sobre el particular también nos hemos pronunciado en el apartado anterior, pues, a nuestro criterio, resulta más idóneo recurrir a la figura de la cláusula abusiva de ineeficacia relativa para discutir los hechos que para la Administración Pública serían calificados como infractores.

Ello se debe, asimismo, a que el supuesto de hecho e incisos que contemplan las cláusulas abusivas de ineeficacia relativa son meramente enunciativos. Estamos frente a una fórmula de tipo infractor abierto que permite cierto margen de discrecionalidad por parte de la autoridad competente para determinar si, de acuerdo con el supuesto en concreto, estamos frente a una posible infracción al CODECO.

De este modo, se pudo ampliar la discusión correspondiente a los hechos del caso, así como a los efectos que se generaron por la imposición de la restricción de Cinemark con el fin de analizar, bajo una perspectiva de mayor amplitud panorámica, como solucionar el problema.

No podemos dejar de lado que este caso tiene matices que complejizan la posibilidad de brindar una solución concreta. Resulta necesario, para ello, poder contemplar no solo una formulación de tipo infractor, sino, en aras de la flexibilidad que otorgada por una cláusula general, un esquema que permita articular orgánicamente las conductas que el sistema jurídico busca rechazar y cómo, a partir de ello, establecer estrategias de prevención, además de solo de sanción.

5.2.2. ¿La sanción impuesta por la SPC es coherente con el desarrollo de los fundamentos por los cuales se determinó la responsabilidad administrativa de Cinemark?

Luego de la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, y, a su vez, emitida la manifestación de voluntad de la Administración Pública por medio de, por ejemplo, una resolución administrativa, se pueden concretar efectos jurídicos individualizables a la esfera jurídica de determinados administrados. Este es el caso de los actos de gravamen como la imposición de sanciones pecuniarias, como el caso de las multas, las cuales afectan directamente el patrimonio de los individuos sobre los cuales estás recaen (Gómez, Isla y Mejía, 2010, p. 136).

De igual manera, Danós, siguiendo a García de Enterría, ha recalcado que una sanción puede definirse como aquella situación perniciosa que le es aplicable al administrado

por parte de la Administración Pública debido a la comisión anterior de una conducta infractora, previamente determinada en un procedimiento administrativo sancionador (1995, p. 156).

En este caso concreto, la sanción impuesta no es de carácter pecuniario, sino que se trata de una amonestación, la cual, en líneas generales, es similar a un llamado de atención por parte de la Administración Pública, pero para la cual ha tenido que determinarse previamente la responsabilidad administrativa de la administrada amonestada.

Para determinar que la sanción correspondiente era la amonestación, la segunda instancia consideró dos factores que, a nuestro juicio, no debieron ser determinantes para determinar la sanción aplicable: (i) la inexistencia de antecedentes de Cinemark en la comisión de conductas infractoras y (ii) la falta de armonía a nivel internacional sobre cómo es que otras autoridades de protección al consumidor habían afrontado un procedimiento o proceso similar al ahora comentado.

Particularmente, consideramos que ello llama especialmente la atención en vista de que, en líneas anteriores de la decisión de la segunda instancia – ver, por ejemplo, numerales del 108 al 112 – la determinación de la gravedad de la infracción observaba criterios como el beneficio ilícito, el daño resultante de la comisión de la infracción y los efectos negativos en el mercado, concluyéndose así que la infracción era grave.

Por dichos motivos, y teniendo en consideración que la conducta se calificó como una infracción grave y se determinó la responsabilidad administrativa por la imposición de una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta, en nuestra opinión carece de sentido que se haya impuesto a Cinemark solo una amonestación, siendo incoherente con el desarrollo realizado a lo largo de la decisión de la segunda instancia y siendo lo correcto que, a partir de los criterios en los que se enmarca el principio de razonabilidad, se determine una sanción pecuniaria.

5.2.3. ¿Es la medida correctiva impuesta a Cinemark adecuada para cumplir los fines preventivos que propugna?

Finalmente, en lo relativo a la medida correctiva impuesta por la SPC, consideramos relevante hacer mención a que la regulación de medidas correctivas en el CODECO diferencia a las medidas correctivas reparadoras de las medidas correctivas complementarias, siendo estas últimas aquellas que nos conciernen en este caso concreto.

En efecto, en el numeral 104 de la decisión de la segunda instancia se evoca el carácter preventivo de que una infracción similar a la que la SPC considera que habría cometido Cinemark vuela a suceder.

Sin embargo, cabe preguntarnos si realmente aquella medida correctiva impuesta permitiría lograr el objetivo propugnado.

A nuestro criterio ello no sería así. Como puede apreciarse a simple vista, la medida correctiva no es clara, pues existen aspectos de su redacción que, aun luego de la aclaración realizada por la SPC, quedan en incertidumbre, tal como es el caso de la definición de aquellos alimentos que coincidan con los que se vendan en las confiterías de Cinemark (considerando, pues, que no todos tienen la marca visible, como es el caso de los nachos o los *hot dogs*).

En adición a ello, termina por trasladarle la carga de verificación de alimentos a los trabajadores de Cinemark, añadiéndoles un deber adicional a sus funciones y volviéndolos en una suerte de jueces de alimentos que juzgan en los términos de la medida correctiva impuesta (Segovia y Olano, 2020, p. 130).

Además de ello, y aún más importante, la medida correctiva no optimiza la aplicación de los derechos que se encontrarían en conflicto de acuerdo a los puntos controvertidos en el procedimiento administrativo bajo análisis (derecho a la libre iniciativa privada y libertad de empresa en contraposición al derecho de elección de los consumidores), siendo que los derechos de los consumidores prevalecen sin atención a la afectación que ello ocasiona a los derechos de la empresa administrada y sin evaluar si existen alternativas para satisfacer los intereses económicos de los consumidores.

Se trata, pues, de una medida que ha buscado remediar una situación que, por el hecho de que la aplicación de la medida correctiva recae exclusivamente en el administrado en cuyos efectos se concentra, realmente no soluciona el problema en sus verdaderas dimensiones, pues se trata de una práctica arraigada en el modelo de negocio de los cines en general y no solo de Cinemark (o, también, de Cineplex/Cineplanet que fue sancionada en términos muy similares a los estudiados en el presente caso).

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Realizado el estudio a las instituciones jurídicas aplicables, así como a los hechos relevantes del caso concreto, es posible concluir lo siguiente:

1. El rol del Estado bajo nuestro régimen constitucional económico es de garante. En ese sentido, la regla general será que el Estado actuará principalmente con la finalidad de promover que los agentes económicos privados sean quienes participen activamente en la creación de riqueza por medio del intercambio de bienes y servicios, mientras que su vez, salvaguarda el correcto desenvolvimiento del mercado y tutela los derechos de los consumidores en el marco de la Economía Social de Mercado.

2. Como presupuesto para dar respuesta al primer problema jurídico principal, debe tenerse en consideración que INDECOPI, a pesar de cumplir su rol como agencia de competencia y protector de los consumidores, no tiene incidencia sobre la determinación de los precios o el tipo de bienes o servicios que los agentes económicos privados ofrecen en el mercado.

De igual manera, tampoco puede incidir sobre la forma en la que los agentes económicos escoger organizarse a sí mismos para participar en el mercado, estando excluida de su competencia la posibilidad de intervenir en propiamente los modelos de negocio que decide adoptar cada empresa.

3. Al analizar si la conducta de un agente económico presuntamente infractor constituye una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta o relativa, deberá prestarse especial atención al efecto que se genera sobre el derecho o interés presuntamente afectado. Así, en caso el derecho no sea obstruido en su totalidad y, por tanto, no se encuentre eliminado, la cláusula que se considere abusiva deberá considerarse de ineeficacia relativa.
4. En este caso concreto, Cinemark no incurrió en una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta, pues realmente no se afectó sustancialmente el derecho a la libre elección a los consumidores, en tanto todavía les era posible determinar (i) si contrataban o no con el proveedor de alimentos de la confitería de Cinemark y, de manifestar su interés en adquirir productos de dicho proveedor, (ii) que alimentos podría adquirir dentro de aquellos que Cinemark oferta y tiene en stock.
5. La Resolución N.º 243-2018/SPC-INDECOPI ha vulnerado el principio de tipicidad en vista de que la infracción imputada a Cinemark sobre la transgresión al artículo 50 literal e) del Código de Defensa y Protección al Consumidor no encuentra su supuesto de hecho materializado en los hechos materia de análisis del caso. Por dicho motivo, en nuestra opinión, correspondía anular el extremo de la decisión relativo a dicha infracción y disponer su archivo.
6. La imposición de una amonestación no es coherente con el desarrollo realizado por la segunda instancia para determinar la responsabilidad administrativa de Cinemark en la incursión de la imposición de una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta.

La gravedad de la conducta que se describe habría cometido Cinemark (la restricción del derecho a la libre elección de los consumidores, con lo cual no estamos de acuerdo) amerita la imposición de una sanción pecuniaria, una multa.

7. La imposición de la medida correctiva complementaria por parte de la autoridad de consumo no resulta adecuada para los fines preventivos que esta propugna, toda vez que esta afecta de forma desmedida la libertad de empresa de Cinemark en atención a maximizar un derecho que realmente no ha sido mermado.

Finamente, a modo de recomendaciones, consideramos que existen lecciones adicionales que pueden extraerse de la complejidad jurídica del caso:

1. Es imperativo que INDECOPI, como agencia de competencia y de protección al consumidor, tenga una visión omnicomprensiva del Derecho Ordenador del Mercado con el fin de poder abordar los problemas jurídicos de su competencia bajo diferentes perspectivas.
2. La evaluación polifacética del INDECOPI no debe agotarse en cómo es que se identifican los problemas jurídicos relevantes de un caso en concreto, sino que dicha visión deberá ser transversal a la solución de la distorsión en el mercado identificada. De este modo, se podrán conseguir respuestas más completas por parte de la autoridad de mercado, obteniendo así soluciones más satisfactorias para los consumidores y usuarios.
3. En adición a combatir los menoscabos al proceso competitivo y a los consumidores, es vital que la Administración Pública también impulse políticas públicas que permitan combatir de forma ex ante este tipo de complicaciones. Para tal fin, consideramos que no siempre sería necesario pensar en la potestad legislativa o reglamentaria, sino que se podrán formular soluciones desde la educación social y el fomento que permitan mejor difusión de información sobre materias como las analizadas en el presente caso.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina: Libros y artículos académicos

Aguirrezzabal Grünstein, M. (2006). Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 69 - 91. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372006000100005>

Alfaro, J. (1994). Protección de los consumidores y derecho de los contratos. *Anuario de Derecho Civil*. 2(47), 305-324.

_____ (1998). Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales. *Anuario jurídico de La Rioja*. 2(1), 53-70.

Apolín, D. (2012). La Protección de los Derechos Individuales Homogéneos y los Problemas de Acceso a la Jurisdicción a través del Proceso Civil. *Derecho & Sociedad*, (38), 185-193.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13118>

Arana, M. (2010). Contrato de consumo: Cláusula abusiva. *Revista de Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI*. 6(10), 59.91.

<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rctpi/article/view/77/75>

Baca, V. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Protección al Consumidor*. Colección por el vigésimo aniversario de Indecopi.

Baylos, H. (1993). *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. Tercera edición. Civitas.

Bullard, A. (2003). La prohibición imposible. ¿Cómo tratar a los monopolios en la Constitución? *Derecho PUCP*, (56), 759-793.

<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.019>

_____ (2006). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición. Palestra Editores.

Cabrera, J. (2019). *El mercado en cuanto sea posible y el Estado cuanto sea necesario*. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio institucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/16066>

Carbonell, E. (2018). *Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor: Ley N.º 29571*. Carbonell O'Brien Abogados.

<https://app-vlexcom.ezproxybib.pucp.edu.pe/#sources/21838>

Cárdenas, D. (2019). *Intervención funcional del Estado mediante INDECOPPI en la iniciativa privada empresarial*. [Tesis de maestría, Universidad San Martín de Porres]. Repositorio institucional de la Universidad San Martín de Porres: <https://hdl.handle.net/20.500.12727/5010>

Danós, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *Ius Et Veritas*, 5(10), 149-160.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485>

De la Puente y Lavalle, M. (1995). Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor. *THEMIS Revista De Derecho*, (31), 15-22.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11503>

Diez Canseco, L. (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. *THEMIS Revista De Derecho*, (36), 39-36.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11725>

Escobar, F. (2011) Entendiendo el mercado: La contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y selección adversa. *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*, pp. 259-282.

Espinoza, J. (1998). Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente. *THEMIS Revista De Derecho*, (38), 141-162.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10316>

Fuentes, J., y Sánchez, D. (2017). Delimitación del Derecho a Elegir Libremente entre Productos y Servicios. *Derecho & Sociedad*, (49), 297-306. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19896>

Gagliuffi, I. (2006). Viaje a la semilla: ¿Cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo 701? En: Universidad de Lima (Editor). *Libro homenaje a la Facultad de Derecho*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 133-162.

Gómez, H. (2006). ¿Cómo tutela la legislación de libre competencia al consumidor? En: Santa María, L. (Editor). *Protección al Consumidor: Compendio de doctrina, legislación y jurisprudencia*. Editora Normas Legales S.A.C., 3-15.

Gomez, H. (2010). Comentarios al Anteproyecto de Código de Consumo. *Revista de Economía y Derecho*, 7(25), 99–120.

Gómez, H. y Vergaray, V. (2009). Capítulo 8: La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador En: Maraví, M. (Compiladora). *Sobre la Ley de Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante*. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 403-438.

Gómez, H., Isla, S., y Mejía, G. (2010). Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor. *Derecho & Sociedad*, (34), 134-146. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13336>

Guzmán, C. (2020). *Procedimiento Administrativo General*. Segunda Edición, Instituto Pacífico.

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.

Huapaya, R. (2002). El proyecto de ley de reforma de la Constitución, la Constitución y la regulación económica como técnica de reversión del estatismo. *Revista Peruana de Derecho Público*. 3(4), 69-88.

_____ (2015). El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley de procedimiento administrativo general de la República del Perú. *Revista de Investigações Constitucionais*. 2(1), 137-165.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5840021>

Kresalja, B. y Ochoa, C. (2009). Capítulo XV: La Constitución Económica. *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial PUCP, 493-532.

Mankiw, N. (2017). Capítulo 4: Las fuerzas del Mercado de la oferta y la demanda. *Principios de Economía*. Carril, M. (Traducción). Séptima edición. Cengage Learning, 65-85.

Martin, R. (2010). La tipificación en el procedimiento administrativo sancionador, ¿es necesaria en todos los casos? *Actualidad Jurídica* (203), 175-188.

Mendoza, F. (2011). La protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. *Actualidad Jurídica* (211), 39-43.

Morales, R. (2010). La definición de contrato de consumo en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. *Actualidad Jurídica* (202), 33-35.

Morón, J. (2010). Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. *Revista De Derecho Administrativo*, (9), 135-157.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13710>

_____ (2019). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Catorceava edición. Gaceta Jurídica.

Paniagua, 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>

Patrón, C. (2001). Un acercamiento preliminar a la función económica de la protección al consumidor. *Revista Advocatus*, (5), 293-301.

Rejanovinschi, M. (2016). El Derecho Fundamental de los consumidores a la defensa corporativa. *Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigaciones conmemorativas por los 16 años de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Tesis de alumnos y Congreso Internacional*.

Rivero, R. (2007). *Derecho Administrativo Económico*. Marcial Pons.

Rojas, J. (2013). Tutela del mercado y el procedimiento administrativo sancionador. *Derecho Administrativo en el Siglo XXI. Libro de ponencia del XII Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Volumen 1, 635-661.

Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993*. 3(1), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

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 de maestría, Universidad de Piura]. Repositorio institucional de la Universidad de Piura:

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4723/MAE_DER_DE-RM_2001.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Segovia, E., y Olano, K. (2020). Cuando el derecho no es suficiente: El Análisis Económico del Derecho en el caso Aspec contra Cineplex y Cinemark. *Derecho & Sociedad*, 2(54), 113-133.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22438>

Tamayo, L. (2009). Capítulo 9: El Procedimiento administrativo sancionador. En: Maraví, M. (Compiladora). *Sobre la Ley de Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante*. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 443-463.

Tirado, J. (2016). Sanción, reposición e indemnización como consecuencias autónomas de la infracción administrativa: Una lectura a partir del artículo 232.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho UDEP*. (17), 51-87.

Zegarra, D. (2016). La utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación de infracciones administrativas: breve aproximación a su estudio. *Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Hacia un Estado más confiable*. Thomson Reuters.

Normativa analizada

Congreso de la República (1993). Constitución Política del Perú.

Congreso de la República (2010). Ley N.^a 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Poder Ejecutivo. (2019). Decreto Supremo N.^º 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2003). *Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.^º 00008-2003-AI/TC*.

(2003). *Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.^º 0858-2003-AA/TC*.

(2004). *Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.^º 3315-2004-AA/TC*.

(2005). *Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.^º 0001-2005-PI/TC*.

(2005). *Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.^º 7320-2005-AA/TC*.

Pronunciamientos de la Administración Pública

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (11 de enero de 2012). Resolución N.^º 0078-2012/SC2-INDECOPI. *Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI*.

_____ (26 de mayo de 2017). Resolución N.º 849-2017/CC2-INDECOPI. *Comisión de Protección al Consumidor N.º 2 del INDECOPI.*

_____ (07 de febrero de 2018). Resolución N.º 243-2018/SPC-INDECOPI. *Sala Especializada*

_____ (14 de noviembre de 2018). Resolución N.º 3152-2018/SPC-INDECOPI. *Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI.*

_____ (15 de enero de 2020). Resolución N.º 0145-2020/SPC-INDECOPI. *Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI.*

_____ (11 de marzo de 2020). Resolución N.º 0740-2020/SPC-INDECOPI. *Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI.*

_____ (03 de junio de 2021). Resolución N.º 1262-2021/SPC-INDECOPI. *Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI.*

_____ (26 de agosto de 2021). Resolución N.º 1918-2021/SPC-INDECOPI. *Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI.*

_____ (28 de marzo de 2022). Resolución N.º 0611-2022/SPC-INDECOPI. *Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI.*

PROCEDENCIA	: COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR - SEDE LIMA SUR Nº 2
PROCEDIMIENTO	: DE PARTE
DENUNCIANTE	: ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS – ASPEC
DENUNCIADA	: CINEMARK DEL PERÚ S.R.L.
MATERIAS	: IDONEIDAD DEL SERVICIO CONTRATO DE CONSUMO PRÁCTICAS ABUSIVAS CLÁUSULAS ABUSIVAS OBLIGACIÓN DE INFORMAR SOBRE RESTRICCIONES DE ACCESO
ACTIVIDAD	: OTRAS ACTIVIDADES DE ENTRETENIMIENTO N.C.P.

SUMILLA: Se confirma la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Cinemark del Perú S.R.L., por presunta infracción de los artículos 47° inciso b), 48° inciso c) y 57° del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ello, toda vez que, el deber de idoneidad, la protección mínima del contrato de consumo, cláusulas y prácticas abusivas, no implica la regulación de precios en el mercado.

Asimismo, se declara la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 849-2017/CC2, en los extremos que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la conducta consistente en que Cinemark del Perú S.R.L. habría restringido el acceso a sus salas de cine con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en su establecimiento comercial como una infracción del artículo 58°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que la conducta antes mencionada se encuentra contemplada únicamente como una presunta infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor. En consecuencia, se ordena el archivo de dicho extremo de la denuncia.

Por otro lado, se revoca la resolución apelada, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Cinemark del Perú S.R.L., por presunta infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, en consecuencia, se declara fundada la misma. Ello, al haberse acreditado que la restricción consistente en la prohibición a los consumidores de ingresar a las salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento comercial, aplicada por la denunciada, constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores.

De otra parte, se declara la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 849-2017/CC2, en los extremos que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la presunta falta de Cinemark del Perú S.R.L. por no haber sustentado y/o explicado la restricción de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento a las salas de cines, toda vez que este cargo fue analizado como parte integrante de la imputación referida a la restricción de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento a las salas de cines. En consecuencia, se ordena el archivo de la denuncia en el presente extremo.

Finalmente, se confirma la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Cinemark del Perú S.R.L., por presunta infracción de los artículos 1°.1 inciso f), 18° y 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que el hecho de que ponga a disposición de los consumidores determinados tipos de alimentos y/o bebidas en sus salas de cine, no implica una afectación a las normas de protección al consumidor.

SANCIÓN: Amonestación

Lima, 7 de febrero de 2018

I. ANTECEDENTES

1. El 7 de febrero de 2017, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (en adelante, Aspec) denunció a Cinemark del Perú S.R.L.¹ (en adelante, Cinemark) ante la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Comisión) por presunta infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), en atención a los hechos que se describen a continuación:
 - (i) Cinemark puso a disposición de los consumidores productos alimenticios, los cuales superaban hasta en cinco (5) veces su precio real;
 - (ii) los citados productos debían ser obligatoriamente comprados en su establecimiento, a efectos que puedan acceder con estos a las salas de cine, restringiendo a sus clientes la alternativa de poder optar por productos de idéntica o mejor calidad, a un menor precio;
 - (iii) no habría sustentado y/o explicado sobre la restricción señalada en su cartel, la cual estaba referida a la prohibición de ingreso a las salas de cine con productos alimenticios que no hubieran sido comprados en su establecimiento; y,

¹ R.U.C. 20337771085, con domicilio fiscal en Av. Javier Prado Este Nro. 4200 Urb. Monterrico (C. C. Jockey Plaza - Exterior 2) Lima - Lima - Santiago de Surco.

- (iv) la denunciada no ponía a disposición de los consumidores productos alimenticios saludables, tales como: frutas, frutos secos, sándwich con palta y otros.
2. Aspec solicitó como medidas correctivas que: (i) se declaren las restricciones realizadas por la denunciada como ilícitas por ser abusivas; (ii) se le imponga la sanción correspondiente; (iii) el pago de las costas y costos del procedimiento; y, (iv) la asignación de un porcentaje de la multa impuesta.
3. Mediante Resolución 1 del 23 de marzo de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó contra Cinemark las siguientes presuntas infracciones:
- “(…)
- PRIMERO: Admitir a trámite la denuncia del 7 de febrero de 2017, presentada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – ASPEC, en contra de Cinemark del Perú S.R.L., de acuerdo con el siguiente detalle:*
- (i) *Por presuntas infracciones a los artículos 47° inciso b, 48° inciso c y 57° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el proveedor denunciado habría puesto a disposición de los consumidores productos alimenticios con precios elevados, a efectos de que puedan acceder con estos a las salas de cine.*
- (ii) *Por presuntas infracciones a los artículos 49°.1, 50° inciso e y 58°.1 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el proveedor denunciado habría restringido el acceso a sus salas de cine con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en dicho establecimiento.*
- (iii) *Por presuntas infracciones a los artículos 18°, 19° y 40° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el proveedor denunciado no habría sustentado y/o explicado sobre las restricciones de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento, a las salas de cines.*
- (iv) *Por presuntas infracciones a los artículos 1°.1 inciso f, 18° y 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el proveedor denunciado, dentro de los productos puestos a disposición de los consumidores en las salas de cine, no contaría con productos alimenticios saludables.”*
4. En sus descargos, Cinemark manifestó lo siguiente:
- (i) No impediría que los consumidores opten por consumir alimentos fuera de su establecimiento comercial; es decir, que no los obligaban a adquirir tales productos en sus confiterías;

- (ii) los consumidores podían acceder a disfrutar las funciones cinematográficas sin necesidad de adquirir productos alimenticios en sus confiterías, pues el único requisito para ingresar a las salas era el pago de la entrada respectiva;
 - (iii) los precios fijados para los productos y servicios que ofrecía, eran la manifestación de ejercer sus derechos de libre iniciativa privada y libertad de empresa;
 - (iv) no existiría desproporcionalidad alguna en desmedro de los consumidores, pues la restricción de que los consumidores no podrían ingresar con alimentos y/o bebidas que no fueron adquiridos en sus confiterías, respondía a su estrategia y formato de negocio (libertad de empresa);
 - (v) Aspec no había aportado medio probatorio alguno con el que demostrara que obligaba a los consumidores a adquirir productos alimenticios en sus confiterías;
 - (vi) el hecho de restringir el ingreso a los consumidores con alimentos y/o bebidas ajena a su establecimiento, no constituía una cláusula abusiva, dado que ésta únicamente estaba supeditada a su derecho de libertad de empresa;
 - (vii) el artículo 40° del Código, solo disponía la obligación de los proveedores de informar a los consumidores –a través de carteles o avisos– acerca de las restricciones de acceso a sus establecimientos, mas no de sustentarlas;
 - (viii) el hecho de incluir en sus confiterías todo tipo de alimentos, vulneraría su derecho a la iniciativa privada libre y a la libertad de empresa; y,
 - (ix) solicitó el uso de la palabra.
5. Mediante Resolución 849-2017/CC2 del 26 de mayo de 2017, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:

- (i) Declaró infundada la denuncia presentada por Aspec contra Cinemark, al no haberse acreditado las siguientes presuntas infracciones:
 - A los artículos 47° inciso b), 48° inciso c); y, 57° del Código, respecto a que la denunciada habría puesto a disposición de los consumidores productos alimenticios con precios elevados. En tanto no había quedado acreditado ello, así como no resultaba competencia de la administración pública el poder regular los precios que dicho proveedor ofertaba en el mercado;
 - a los artículos 49°.1, 50° inciso e); y, 58°.1 del Código, respecto a que la denunciada habría restringido el acceso a sus salas de cine con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en dicho establecimiento. Ello, en la medida que dicha restricción se encontraba justificada y por tanto no resultaba lesiva a

la moral, la salud o seguridad pública, sino que se encontraba dentro del ámbito de la libertad de empresa (auto-organización empresarial);

- a los artículos 18°, 19° y 40° del Código, sobre la conducta consistente en que la denunciada no habría sustentado y/o explicado sobre las restricciones de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento, a las salas de cines. Ello, en tanto no resultaba una obligación legal el tener que sustentar dicha restricción denunciada;
 - a los artículos 1°.1 inciso f), 18° y 19° del Código respecto a que, dentro de los productos puestos a disposición de los consumidores en las salas de cine, la denunciada no contaría con productos alimenticios saludables. Ello, en tanto que el hecho que el proveedor únicamente ponga a disposición de los consumidores determinados tipos de alimento, no implicaba una afectación a las normas de protección al consumidor; y,
- (ii) denegó la solicitud de medidas correctivas requeridas por Aspec y el pago de las costas y costos del procedimiento.

6. El 27 de junio de 2017, Aspec apeló la Resolución 849-2017/CC2, señalando lo siguiente:

- (i) Cinemark estaba trasgrediendo el derecho a la protección a los intereses económicos de los consumidores, al obligarlos a cancelar cinco (5) veces más del precio de los productos que obligatoriamente se tendrían que adquirir, lo cual resultaba una cláusula abusiva establecida de manera unilateral y desproporcionalmente en las salas de cine;
- (ii) además, sería un método comercial coercitivo al no permitir a los consumidores la alternativa de poder optar por productos de idéntica o mejor calidad y características a un precio menor;
- (iii) se atentaría el derecho de los consumidores a la libre elección entre productos idóneos y de calidad que se ofrecen en el mercado, toda vez que en la práctica serían obligados a consumir o tomar solo los productos que ahí se ofrecen, negando la posibilidad de alimentarse de manera saludable, no vendiendo las salas de cine productos tales como frutas frescas (manzana, pera, mandarina, plátano, etc.), secas (pecanas, castañas, almendras, etc.) o sándwich saludables (de palta, pollo, atún, huevo, etc.), que muchas personas desearían adquirir;
- (iv) estas salas de cine generalmente venderían solo comida chatarra, bebidas gaseosas, *pop corn* salado, *hot dog*, nachos, papitas fritas, golosinas, entre otros;
- (v) la Comisión habría señalado que permitir que un usuario lleve su manzana para consumirla mientras observa la película, o una galleta integral sin gluten, porque así se lo recomienda el médico, perturbaría la

- tranquilidad del establecimiento, en cambio un pan con chorizo, un *hot dog* u otras presentaciones de comida chatarra que vendería el cine, no perturbaría dicha tranquilidad, lo cual sería discriminatorio;
- (vi) un modelo de negocio no podría estar por encima de los derechos de los consumidores, ni podría vulnerarlos;
- (vii) sería un absurdo el hecho de que, a efectos de que no se vulneren los derechos de los consumidores, las empresas solo tuvieran que informar la restricción a los consumidores para que tomen la decisión de aceptarla o no; y,
- (viii) no pretendería obligar a las salas de cine a que vendan manzanas o *pop corn* menos salada o grasosa; sin embargo, tampoco se podría obligar a los consumidores a tener que aceptar que la única forma de disfrutar de estos productos fuera adquiriéndolos dentro de las salas de cine.
7. El 21 de septiembre de 2017, Cinemark contestó el recurso de apelación presentado por Aspec, señalando lo siguiente:
- (i) Los agentes económicos se encontraban facultados a determinar libremente las tarifas y precios de los productos y/o servicios que ofertan en el mercado, así como decidir libremente el modelo de negocio en virtud del cual participarán en el mercado;
- (ii) amparar los hechos denunciados por Aspec constituiría un típico caso de consecuencias no pretendidas, dado que el denunciante no había tenido en consideración las consecuencias negativas que una decisión favorable a ellos podría ocasionar en los propios consumidores;
- (iii) resultaría imposible que el Indecopi proteja a los consumidores, a través de una política de control de precios, dado que ello distorsionaría los precios en el mercado;
- (iv) en relación a la restricción materia de denuncia, el único requisito que requería era el pago de la entrada respectiva, por lo cual los consumidores podían optar por: (a) ingerir los alimentos antes de ingresar a las salas de cine y/o (b) ingerir alimentos luego de salir de la función respectiva;
- (v) la adquisición de productos en la confitería de las salas de cine no era obligatoria, a efectos de que los consumidores pudieran acceder a las mismas;
- (vi) si un consumidor debía consumir un determinado producto alimenticio –por ejemplo, por recomendación médica– podía hacerlo antes o después de ingresar a la sala de cine, no encontrándose obligado a adquirir y consumidor los productos que expendía en sus confiterías;
- (vii) el ingreso de otra clase de alimentos –arroz con pollo, lomo saltado o sopa a la minuta en la sala de cine– no sería esperado por otros consumidores configurando ello una falta de idoneidad;

- (viii) todos los consumidores tenían conocimiento de los productos que se expendían en sus confiterías, por tanto, estos eran conscientes de que ciertos alimentos podrían ser ingresados a las salas;
- (ix) el hecho de que los consumidores no puedan ingresar a las salas de cine con productos alimenticios adquiridos en otros establecimientos respondía, única y exclusivamente, al ejercicio del derecho de libre iniciativa privada y libertad de empresa, en virtud de los cuales se encontraba en la libertad de establecer el modelo de negocio que considerara pertinente;
- (x) informaba oportunamente de las restricciones al ingreso a sus establecimientos, siendo que dichas restricciones eran objetivas y justificadas;
- (xi) en relación a que no contaría con productos alimenticios saludables, no obligaba a los consumidores a adquirir los productos que expendía en sus confiterías;
- (xii) debería quedar consentida la resolución venida en grado, en los extremos referidos a que: (a) no habría sustentado y/o explicado la restricción de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento (presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 40° del Código); (b) no contaría con productos alimenticios saludables (presunta infracción a los artículos 1°.1 inciso f), 18° y 19° del Código); y, (c) la denegatoria de medidas correctivas, toda vez que Aspec no habría cuestionado dichos extremos; y,
- (xiii) solicitó que se le conceda el uso de la palabra.
8. El 2 de octubre de 2017, Aspec solicitó el uso de la palabra.
9. A través del Proveído 3 del 21 diciembre de 2017, la Secretaría Técnica de la Sala programó la diligencia de informe oral para el miércoles 17 de enero de 2018 a las 08:40 horas.
10. El 5 de enero de 2018, Aspec solicitó la reprogramación de la diligencia de informe oral, toda vez que su representante tendría diligencias programadas.
11. Mediante Proveído 4 del 12 de enero de 2018, la Secretaría Técnica de la Sala reprogramó la diligencia de informe oral para el día martes 23 de enero de 2018 a las 08:40 horas.
12. El 23 de enero de 2018, se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la asistencia de los representantes legales de Aspec y Cinemark.
13. El 23 de enero de 2018, Aspec presentó una copia de la resolución emitida por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil (Recurso Especial N° 744.602-RJ (2005/0067467-0) en idioma portugués.

14. Mediante Requerimiento 008-2018/SPC del 24 de enero de 2018, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó a Aspec que presentara copia de la resolución emitida por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil (Recurso Especial N° 744.602-RJ (2005/0067467-0) debidamente traducida al idioma español.
15. El 25 de enero de 2018, Aspec presentó copia de los siguientes documentos: (i) Resolución emitida por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil (Recurso Especial N° 1.331.948-SP (2012/0132555-6) en portugués; (ii) resolución del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha, España, Sala de lo Contencioso – Administrativo del 2 de octubre del 2001; e, (iii) Informe sobre el posible carácter ilegal y abusivo de la prohibición de acceso a las salas de cine con comidas y bebidas adquiridas en el exterior del establecimiento del 3 de febrero de 2017, emitido por la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de España.
16. Por Requerimiento 009-2018/SPC del 26 de enero de 2018, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó a Aspec que presentara copia de la resolución emitida por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil (Recurso Especial N° 1.331.948-SP (2012/0132555-6) debidamente traducida al idioma español.
17. El 30 de enero de 2018, Aspec presentó copia de las resoluciones emitidas por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil (Recurso Especial N° 744.602-RJ (2005/0067467-0) y 1.331.948-SP (2012/0132555-6) traducidas de manera simple en idioma español.

ANÁLISIS

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

18. En el presente caso, este Colegiado determinará:
 - (i) Si Cinemark infringió los artículos 47° inciso b), 48° inciso c) y 57° del Código, por haber puesto a disposición de los consumidores productos alimenticios con precios elevados;
 - (ii) si Cinemark infringió los artículos 49°.1, 50° inciso e) y 58°.1 del Código, por restringir a los consumidores el acceso a sus salas de cine con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en sus establecimientos;

- (iii) si Cinemark infringió los artículos 18°, 19° y 40° del Código, por no haber sustentado y/o explicado las restricciones de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento, a las salas de cines;
- (iv) si Cinemark infringió los artículos 1°.1 inciso f), 18° y 19° del Código, por no contar con productos saludables, dentro de los productos puestos a disposición de los consumidores;
- (v) si corresponde ordenar a Cinemark el cumplimiento de una medida correctiva;
- (vi) si corresponde sancionar a Cinemark; y,
- (vii) si corresponde condenar a Cinemark al pago de costas y costos del procedimiento.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- III.1. Respecto a la puesta a disposición de los consumidores de productos alimenticios con precios elevados.
- 19. El artículo 47° del Código prescribe en su literal b) que en los contratos de consumo no pueden incluirse cláusulas o ejercerse prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos².
- 20. De otro lado, el inciso c) del artículo 48° del Código³ dispone, entre otros, que en los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con la buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.
- 21. Por otra parte, el artículo 57° del Código⁴ señala que también son métodos abusivos todas aquellas otras prácticas que, aprovechándose de la situación

² LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 47º.- Protección mínima del contrato de consumo. En los contratos de consumo se observa lo siguiente:

(...)
b. No pueden incluirse cláusulas o ejercerse prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.

³ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 48º. - Requisitos de las cláusulas contenidas en un contrato de consumo por adhesión. En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con los siguientes requisitos:
(...)
c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

⁴ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 57º. - Prácticas abusivas. - 9/46

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.

22. La Comisión declaró infundada la denuncia contra Cinemark en este extremo, al considerar que el hecho que la denunciada ponga a disposición de los consumidores diversos productos alimenticios a determinado precio, no implicaba que estuviera imponiendo obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en un contrato de consumo. Asimismo, indicó que dicha conducta tampoco podría ser considerada como un aprovechamiento de la situación de desventaja del consumidor, dado que éste tomaba conocimiento de los precios de los productos alimenticios -antes de adquirirlos- y decidía libremente si concretaba su adquisición.
23. En su recurso de apelación, Aspec señaló que Cinemark estaba trasgrediendo el derecho a la protección a los intereses económicos de los consumidores, al obligarlos a cancelar cinco (5) veces más del precio de los productos, lo cual resultaba una cláusula abusiva establecida de manera unilateral y desproporcional en las salas de cine. Asimismo, indicó que resultaba ser un método comercial coercitivo, al no permitir a los consumidores la alternativa de poder optar por productos de idéntica o mejor calidad y características a un precio menor.
24. Sobre el particular, es necesario indicar que el artículo 4º del Decreto Legislativo 757, Ley marco para el crecimiento de la inversión privada (en adelante, el Decreto Legislativo 757) prescribe lo siguiente:

"LEY MARCO PARA EL CRECIMIENTO DE LA INVERSIÓN PRIVADA

(...)

TITULO II. DE LA ESTABILIDAD JURIDICA DEL REGIMEN ECONÓMICO

(...)

Artículo 4º.- *La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.*

Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República."

25. Conforme la Sala ha señalado en anteriores pronunciamientos⁵, la finalidad de esta norma es evitar que la Administración Pública o cualquier entidad

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.

⁵ Ver Resolución 0784-2015/SPC-INDECOPI del 9 de marzo de 2015.

estatal tenga discrecionalidad para intervenir en la asignación de bienes y servicios en el mercado, directa o indirectamente, a no ser que medie una autorización expresa mediante una ley. Este último es el caso de la fijación de tarifas de los servicios públicos por parte de los organismos reguladores, quienes cuentan con una habilitación legal para ello.

26. Cabe señalar que, aunque el Decreto Legislativo 757 es una norma anterior a la Constitución Política del Perú de 1993, encuentra concordancia con el modelo económico que ésta propugna, en el cual el derecho a la propiedad privada, la libertad de contratación, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa son los pilares de la economía social de mercado en un régimen de libertad de precios⁶.
27. Lo señalado demuestra que Cinemark tiene la facultad de determinar los precios de los productos que expende en sus salas de cine, en virtud al derecho a la libre contratación, libre iniciativa privada y libertad de empresa, por ende, el análisis respecto a si en su calidad de proveedor cumplió con brindar un servicio idóneo, afectó la protección mínima al contrato de consumos o aplicó alguna cláusula y/o práctica abusiva en el mercado, no involucra regular el precio de los productos que comercializa, ni establecer cuál sería el adecuado para los consumidores.
28. Asimismo, es pertinente indicar en este punto, cómo la legislación y doctrina comparadas resaltan, a su vez, que las normas sobre cláusulas abusivas no tienen por objeto la regulación de precios. Ello guarda coherencia con la economía social de mercado consagrada como régimen económico en el ordenamiento jurídico peruano, el cual tiene como uno de sus principales pilares la libertad de los privados de fijar los precios de los productos o servicios que ofrezcan en el mercado. De este modo, el desequilibrio que se evaluará para determinar la existencia de una cláusula abusiva no será analizado en términos económicos atinentes al precio, sino más bien en términos jurídicos relacionados con los derechos y obligaciones asumidos por las partes, esto es, las posiciones que cada una de ellas asume en la relación contractual entablada: los desequilibrios en las prestaciones contractuales asumidas por las partes

⁶

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. - Artículo 58º.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 59º.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

29. Finalmente, cabe señalar que, distinto sería el caso si lo denunciado y analizado fueran otras conductas; tales como: la presunta trasgresión al deber de comercializar productos idóneos o inocuos recogidos por el Código, etc., donde la autoridad administrativa si puede analizar la obligación de los proveedores de entregar productos y servicios que correspondan a lo que un consumidor espera, atendiendo a su naturaleza.
30. Por tanto, corresponde confirmar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Cinemark por presunta infracción de los artículos 47° inciso b), 48° inciso c) y 57° del Código, en tanto el deber de idoneidad, la protección mínima del contrato de consumo, cláusulas y prácticas abusivas, no implican la regulación de precios en el mercado.

III.2. Respecto a la responsabilidad de Cinemark por infracción a los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código

III.2.1. Sobre la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y de la Resolución 849-2017/CC2, en el extremo que consideraron la restricción al acceso a las salas de cine con alimentos que no hubieran sido adquiridos en dicho establecimiento, como una presunta infracción del artículo 58°.1 del Código

31. El artículo 10°.1 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General establece como causales de nulidad del acto administrativo la contravención a las leyes⁷. Asimismo, el artículo 252º de la referida norma⁸ dispone que, para ejercer la potestad sancionadora, la autoridad administrativa requiere haber seguido el

⁷ DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 10°.- Causales de nulidad. Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
(...)

⁸ DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 252º.- Caracteres del procedimiento sancionador.

252.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción.
2. Considerar que los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores.
3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.
4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 171.2 del artículo 171, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.

procedimiento legal o reglamentariamente establecido. De acuerdo con dicha norma, la resolución que da inicio al trámite del procedimiento sancionador deberá contener, entre otros requisitos, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir, es decir, la formulación de los cargos imputados.

32. La formulación de cargos constituye un trámite esencial del procedimiento sancionador, pues permite al administrado informarse de los hechos imputados y su calificación como ilícitos, a efectos de poder ejercer adecuadamente su derecho de defensa en el marco de un debido procedimiento. Dicho acto, además, determina cuáles serán los hechos que serán objeto de controversia, probanza, análisis y decisión en el procedimiento, por lo que la autoridad debe ser cuidadosa en su formulación.
33. En su denuncia, Aspec manifestó que Cinemark restringía a los consumidores el acceso a sus salas de cine con alimentos adquiridos fuera de su establecimiento comercial, lo cual no constituiría una restricción justificable.
34. Mediante Resolución 1 del 23 de marzo de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia de Aspec, incluyendo el hecho denunciado narrado en el párrafo anterior como una presunta infracción a los artículos 49°.1, 50° inciso e); y, 58°.1 del Código.
35. En ese contexto, mediante Resolución 849-2017/CC2 del 26 de mayo de 2017 la Comisión declaró infundada la denuncia de Aspec en contra de Cinemark por presunta infracción de los artículos 49°.1, 50° inciso e); y, 58°.1 del Código, en el extremo referido a que la denunciada habría restringido el acceso a sus salas de cine con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en dicho establecimiento.
36. Sobre el particular, este Colegiado considera que la conducta referida a que Cinemark habría restringido el acceso a sus salas de cine con cualquier tipo de alimento que no hubiera sido adquirido en su establecimiento, califica únicamente como una presunta infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código, referido a la presunta existencia de cláusulas abusivas más no como una infracción del artículo 58°.1 del Código. Ello, en tanto, el artículo 58°.1 del Código⁹ hace referencia a la presunta existencia de métodos comerciales coercitivos o engañosos, a través de figuras como: el acoso, la

⁹

LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 58.- Definición y alcances.

58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

coacción, la influencia indebida o el dolo; tipificación que a criterio de esta Sala no recoge lo denunciado en el presente caso.

37. Por lo expuesto en los párrafos precedentes, corresponde declarar la nulidad parcial de la Resolución 1 y de la Resolución 849-2017/CC2 que imputaron y se pronunciaron, respectivamente, sobre la conducta consistente en que Cinemark habría restringido el acceso a sus salas de cine con cualquier tipo de producto alimenticio que no hubiera sido adquirido en su establecimiento como una infracción del artículo 58°.1 del Código. En consecuencia, se ordena el archivo de dicho extremo de la denuncia.

III.2.2. Sobre la forma como otros países abordan la conducta referida a la restricción de acceso a las salas de cine con cualquier tipo de alimento y/o bebida que no sea adquirido en dicho establecimiento

38. Al respecto, este Colegiado considera pertinente tener en consideración como se ha venido analizando en otros países el tema de la prohibición de acceso a las salas de cine con alimentos y/o bebidas que no son adquiridos en dichas salas. Así, la jurisprudencia de países como: Argentina, Bolivia, Chile, Brasil, México y España, da cuenta que no existe una posición unánime respecto de la licitud o no de la conducta materia de denuncia a nivel internacional.
39. Así, en primer lugar, en el país de Chile, por ejemplo, la restricción de acceso a las salas de cine con alimentos o bebidas adquiridos en el exterior no se considera una infracción a la normativa de protección al consumidor. Ello, conforme lo ha considerado el Poder Judicial, en el proceso seguido por el señor Jaime Lagos Henríquez contra Hoyts Cinemas Chile S.A.
40. Al respecto, en dicho pronunciamiento, la autoridad judicial indicó lo siguiente: (i) que, la prohibición de acceso de los consumidores a las salas de cine del proveedor con bebidas o productos alimenticios que no sean adquiridos en su propio recinto constituye una limitación debidamente informada a los usuarios, que no afecta su derecho a la libre elección entre los servicios ofrecidos por los proveedores, en el seno de un mercado variado y ampliamente competitivo; (ii) que, no se había configurado una discriminación arbitraria o ilícita, dado que para ello habría sido necesario que a los consumidores se les hubiere prohibido el acceso portando bebidas adquiridas en el propio establecimiento en que se encuentra el cine, en tanto a otros, en similar situación, se les permitiese el ingreso sin dificultades; y, (iii) que, la restricción analizada representaría una condición esencial del servicio ofrecido y formaría parte integrante del contrato celebrado con el cliente, sin que ello infringiera, la obligación que se imponga al proveedor de respetar los términos o condiciones de la prestación del servicio, conforme a lo que se

hubiera convenido con el consumidor; así como, que, el proveedor no hubiera quebrantado la regla que le impide negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas¹⁰.

41. En otro extremo, en el país de Brasil, la Primera y Tercera Clase del Superior Tribunal de Justicia (STJ) en los Estados de Río de Janeiro (Recurso Especial N° 744.602-RJ (2005/0067467-0) y São Paulo (Recurso Especial N° 1.331.948-SP (2012/0132555-6), señaló respectivamente, en los citados pronunciamientos que prohibir la entrada de los consumidores a las salas de cine con alimentos y/o bebidas compradas fuera de dichos establecimientos, constituía una venta atada (venta casada), por tanto, una práctica abusiva que vulneraba el derecho de los consumidores¹¹.
42. Bajo tal premisa, el citado Tribunal de Justicia consideró que esta restricción, se oponía a la libertad de elección de los consumidores de productos y servicios, siendo que, los proveedores no podían, entre otras prácticas abusivas, condicionar la venta de un producto o servicio a la compra de otro producto o servicio. Finalmente, indicaron que, la práctica abusiva (venta atada) quedaba acreditada cuando el proveedor permitía el ingreso de productos adquiridos en sus instalaciones y prohibía el ingreso de aquellos alimentos adquiridos en otros lugares¹².
43. Por otro lado, es pertinente señalar que en el país de Bolivia, la conducta materia de análisis en el presente extremo constituye una vulneración al derecho a la libre elección de los consumidores, contenida en el artículo 24º de la Ley 453, Ley General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores¹³, norma promulgada en el 2013,

¹⁰ Información extraída de:
[http://dominodmz.sernac.cl/Juridico/Sentencias.nsf/c6f901dfeb3dada70425707a00539a17/7005652bcf973561842572b40075e8e5/\\$FILE/Cine%20Hoyts%20ROL%20N%C2%BA%20911-2001%20Negativa%20a%20prestar%20el%20servicio.pdf](http://dominodmz.sernac.cl/Juridico/Sentencias.nsf/c6f901dfeb3dada70425707a00539a17/7005652bcf973561842572b40075e8e5/$FILE/Cine%20Hoyts%20ROL%20N%C2%BA%20911-2001%20Negativa%20a%20prestar%20el%20servicio.pdf). Asimismo, cabe tener en consideración 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, a través del cual consideró legítima la prohibición impuesta por los citados proveedores. Información extraída de: <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/dictámenes/Dictamen%201125-2000.pdf>. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2018.

¹¹ Información extraída de:
http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/%C3%89-pr%C3%A1tica-abusiva-impor-ao-consumidor-a-exclusiva-aquisi%C3%A7%C3%A3o-de-alimentos-vendidos-em-cinemas y https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/cinemark_nao_impedir_cliente_levar_pipoca. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2018.

¹² Ver fojas 178 a 189, 195 a 217 y 232 a 263 del expediente.

¹³ Información extraída de: <http://www.elpaisonline.com/index.php/blogs/ellas-y-elllos/item/227829-cines-ya-no-pueden-prohibir-alimentos-adquiridos-afuera> y <http://www.lostiempos.com/actualidad/economia/20160704/sancionan-cines-cochabamba-vulnerar-derechos-usuarios>. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2018.

siendo que se venía aplicando a las salas de cine desde julio del 2016¹⁴; por lo cual dicha conducta constituía una infracción a la normativa en materia de protección al consumidor.

44. Asimismo, cabe resaltar que, en Argentina, la prohibición materia de denuncia, se considera una práctica abusiva que atenta contra la libertad de elección de los consumidores, así como el derecho al trato digno y equitativo de los mismos¹⁵ contenido tanto en los artículos 8°bis¹⁶ y 37° inciso b)¹⁷ de la Ley Nacional N° 24.240 de Defensa del Consumidor, como en el artículo 42° de la Constitución Nacional Argentina¹⁸.
45. Por su parte en México, se aprecia que existen iniciativas legislativas para que el Parlamento Mexicano reforme los artículos 20° y 21° de la Ley Federal

14 LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE LAS USUARIAS Y LOS USUARIOS Y DE LAS CONSUMIDORAS Y LOS CONSUMIDORES. SECCIÓN VI. DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS. Artículo 24. (DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN).

I. Las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores tienen derecho a elegir los productos y servicios que requieran, al igual que seleccionar o cambiar de proveedor que a su criterio les sea conveniente.
II. Los proveedores de productos o servicios, no podrán ordenar o inducir a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores a contratar con determinados proveedores o quienes proporcionen servicios auxiliares.

15 Información extraída de: <https://www.lmneuquen.com/ahora-se-podra-entrar-al-cine-comida-afuera-n568347>, <https://www.infobae.com/tendencias/2017/10/05/cine-y-pochoclo-como-reclamar-cuando-no-te-dejan-entrar-con-alimentos-comprados-afuera/>, http://www.quepasasalta.com.ar/noticias/salta_26/demandaran-otra-vez-al-cine-hoyts-por-no-dejar-entrar-con-comida-de-afuera_184619. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2018.

16 LEY N° 24.240. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. CAPITULO III. CONDICIONES DE LA OFERTA Y VENTA. ARTICULO 8º bis: Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de un reclamo judicial.

Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actúare en nombre del proveedor.

17 LEY N° 24.240. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. CAPITULO IX. DE LOS TERMINOS ABUSIVOS Y CLAUSULAS INEFICACES. ARTÍCULO 37.- Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenientes:

(...)
b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
(...)

18 CONSTITUCION DE LA NACIÓN ARGENTINA. CAPITULO SEGUNDO. NUEVOS DERECHOS Y GARANTIAS. Artículo 42°. - Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

de Cinematografía, a efectos de mejorar las condiciones bajo las cuales los consumidores asisten a los cines; siendo que se plantea la eliminación de la prohibición que actualmente existe para el ingreso de alimentos y bebidas comprados al exterior de los cines.

46. Finalmente, a nivel europeo, en algunas comunidades autónomas de España se ha legislado sobre la materia, incluyendo referencias específicas al consumo de alimentos y bebidas en los cines; y, si bien en no todas se ha regulado dicho tema de manera específica, éstas no facultan al proveedor a prohibir de manera general el consumo de alimentos y bebidas dentro de las salas de cine, si dicha medida no se aplica sin discriminación ni desigualdad a todos los usuarios.
47. Por otro lado, en aquellas comunidades autónomas en las que no se ha regulado dicho tema, la prohibición de ingreso a cines con comidas y bebidas adquiridas en el exterior de los mismos resulta una cláusula abusiva.
48. Así, entre algunos de los antecedentes jurisprudenciales en materia de consumo en España, sobresalen: (i) La Consulta N° 53 de la Cooperación de Consumo (1998), la misma que consideró que el derecho de los consumidores de elegir los productos que deseaba consumir y donde adquirirlos gozaba de supremacía frente al derecho de admisión¹⁹; (ii) un pronunciamiento emitido por el Juzgado Contencioso Administrativo N° 4 de A. Coruña, el mismo que ratificó la sanción impuesta a una sala de cine que prohibía el acceso con productos comprados en el exterior²⁰; (iii) el pronunciamiento emitido por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha en el año 2001 (STSJ Castilla La Mancha 2001 n° 82/2001 de 2 de octubre)²¹, el mismo que indicó que se restringía arbitrariamente la libre capacidad de elección del consumidor de elegir los productos que deseaba adquirir y donde adquirirlos, así como que se limitaba su decisión de acceder al servicio principal relativo a la exhibición de películas. Finalmente, dicho tribunal también consideró que la citada práctica también se podía encuadrar como una cláusula abusiva que afectaba el perfeccionamiento y ejecución del contrato, contenida en el artículo 89º.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007 (TRLGDCU).

¹⁹ Información extraída de:
http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/docs/documentos/consumo/estudios/consultas_1998.pdf. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2018.

²⁰ Información extraída de: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/101.pdf>. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2018.

²¹ Información extraída de:
http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/docs/documentos/consumo/estudios/Consultas_2017.pdf. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2018.

49. De igual manera, en el año 2003, la Audiencia Provincial de Madrid consideró que la restricción ejecutada por los cines no estaba amparada por el derecho de admisión, pues introducía una discriminación injustificada respecto de los productos alimenticios y bebidas adquiridos en establecimientos que se encontraban en el exterior²².
50. Finalmente, en el Informe emitido por la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de España, sobre el posible carácter ilegal y abusivo de la prohibición de acceso a las salas de cine con comidas y bebidas adquiridas en el exterior del establecimiento, denominado “Consultas 2017” se señaló que desde la perspectiva del consumidor, dicha conducta constituía una cláusula abusiva, en atención a las siguientes consideraciones: (i) la referida restricción era una condición general incorporada a un contrato que no había sido negociado individualmente, y, que producía un desequilibrio entre las partes, contraria a la buena fe, dado que el consumidor se privaría de la prestación principal de forma injustificada, habiendo abonado la entrada en base a una limitación impuesta unilateralmente; (ii) la referida limitación era respecto a un servicio accesorio que no había solicitado el consumidor; ello, teniendo en cuenta que la actividad principal de la empresa no era la venta y distribución de comida y bebida; y, (iii) la citada prohibición -aun informada a los consumidores previamente a la adquisición de la entrada- constituía una cláusula abusiva que limitaba los derechos básicos del consumidor y usuario (artículo 86º.7 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007 (TRLGDCU).

III.2.3. Sobre la aplicación al caso en concreto

51. El artículo 1º.1 literal c) del Código dispone que los consumidores tienen el derecho a ser protegidos frente a cláusulas abusivas insertas en los contratos celebrados con los proveedores²³.
52. El artículo 48º literal c) complementado con el artículo 49º del Código, señala que en los contratos por adhesión y cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que coloquen al

²² Información extraída de: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/101.pdf>. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2018.

²³ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1º. - Derechos de los consumidores. 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:
(...)
c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

consumidor en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos. Para su evaluación, se tiene en cuenta la naturaleza del producto o servicio objeto del contrato, así como las circunstancias que concurrieron al momento de su celebración, la información brindada al consumidor, así como el resto de cláusulas estipuladas en el contrato²⁴.

53. Es importante precisar que las cláusulas mencionadas anteriormente son conocidas a nivel doctrinario como cláusulas abusivas o vejatorias. En ese sentido, los proveedores no pueden oponer a los consumidores cláusulas que se encuentren en los contratos de adhesión o en cláusulas generales de contratación que celebren con ellos, catalogadas como abusivas por las normas citadas precedentemente.
54. Al respecto, conviene resaltar que, en la dinámica actual del mercado, la contratación masiva se impone como esquema de contratación en las relaciones de consumo, ahorrando numerosos costos de transacción (tal como sucede en el mercado inmobiliario). Esta consiste en la celebración de contratos en serie denominados contratos de adhesión, en los cuales el consumidor como parte adherente (la que no redactó las cláusulas) se limita a aceptar o rechazar los términos contractuales redactados previamente por el proveedor que es la parte predisponente (la que redactó el contrato).
55. Este Colegiado ha señalado -en pronunciamientos anteriores²⁵- que la finalidad de que el ordenamiento tipifique cláusulas abusivas en tal esquema de contratación, responde a que en estos casos los consumidores sólo tienen la libertad de contratar, esto es, la capacidad de elegir con qué proveedor contratan, más no con libertad contractual; es decir, la potestad lícita de establecer el contenido del contrato, la cual está reservada exclusivamente a los proveedores, no existiendo negociación alguna. Así, la ley ha previsto como mecanismo de protección la regulación de cláusulas abusivas, con miras a evitar un eventual desequilibrio significativo en las posiciones asumidas por proveedor y consumidor²⁶.

²⁴ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 49º.- Definición de cláusulas abusivas.

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.

49.2 Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

(...).

²⁵ Ver la Resolución 78-2012/SC2-INDECOPI del 11 de enero de 2012, la Resolución 1746-2014/SPC-INDECOPI del 28 de mayo de 2014 y la Resolución 2002-2017/SPC-INDECOPI del 20 de junio de 2017.

²⁶ En tal sentido, los autores peruanos especialistas en Derecho Contractual concuerdan en el fundamento de la regulación de las cláusulas abusivas. A modo de ejemplo, puede citarse a De La Puente y Lavalle quien señala en 19/46

56. El artículo 49°.1 del Código establece que 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.
57. Para la evaluación de las cláusulas abusivas se debe tener en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.
58. Tal como se ha visto, el artículo 49° del Código, define el concepto de cláusula abusiva y los criterios a tener en cuenta al momento de su evaluación, siendo importante indicar que la lectura de dicho artículo se debe realizar con los artículos 50²⁷ y 51²⁸ de dicho cuerpo normativo, los mismos

referencia a las cláusulas abusivas enumeradas en el artículo 1398 del Código Civil, que: “no cabe duda de que la declaración de invalidez de estas estipulaciones, obedece a un propósito de evitar abusos por parte de los preredactantes, protegiéndose así a la parte débil en la negociación contractual (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel “Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor”, Themis – Revista de Derecho, Segunda Época, 1995, Nº 31, págs. 19 y 20). Por su parte, Espinoza Espinoza indica: “Si bien es cierto los contratos standard son un instrumento tan útil que es imposible eliminarlos, siendo ingenuo pensar que con su eliminación se ofrece una tutela al consumidor, no debemos perder de vista que un adecuado sistema de control de este tipo de contratos podría evitar situaciones que afecten los derechos de los consumidores, así como de otros agentes económicos, en aras de restablecer el equilibrio de la relación contractual con aquellos que predisponen los contratos de adhesión o las cláusulas generales de contratación (...) Es, dentro de este marco conceptual que debemos enfocar a las cláusulas vejatorias”. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”, en *Derecho de los Consumidores*, Editorial Rodhas, Lima, 2006. P. 150.

²⁷ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 50°. - Cláusulas abusivas de ineeficacia absoluta.

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

²⁸ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 51°. - Cláusulas abusivas de ineeficacia 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.

que enumeran determinados supuestos que permiten identificar los casos en los cuales se configuraría una cláusula abusiva, sea de ineeficacia absoluta o relativa.

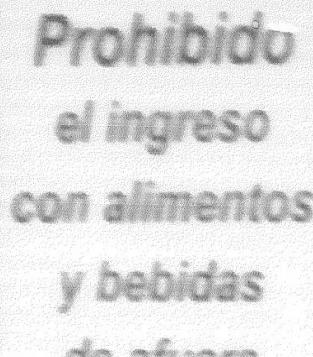
59. En este orden de ideas, los requisitos para determinar si estamos ante una cláusula abusiva son los siguientes:
 - (i) Que no haya existido una negociación entre el consumidor y el proveedor respecto del contenido de la cláusula materia de cuestionamiento. Si el proveedor acredita la existencia de negociación, la denuncia debe declararse infundada; y,
 - (ii) que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes en perjuicio del consumidor.
60. Cabe anotar que esta Sala ya ha precisado que, en el marco del Código, los requisitos señalados son aplicables únicamente a las cláusulas abusivas de ineeficacia relativa (reguladas en el artículo 51º), pues las de ineeficacia absoluta (recogidas en el artículo 50º) son abusivas per se, sin que sea necesario un análisis de vejatoriedad posterior²⁹.
61. En el presente caso, Aspec denunció a Cinemark debido a que, a través de la colocación de carteles restringía el acceso de los consumidores a sus salas de cine con cualquier tipo de producto alimenticio que no hubiera sido adquiridos en su establecimiento.
62. La Comisión declaró infundada la denuncia contra Cinemark en este extremo, al considerar que la restricción establecida por la denunciada no podría ser considerada como una cláusula abusiva o un método comercial agresivo o engañoso; siendo que, por el contrario, ésta -en este tipo de servicios- se encontraba justificada y resultaba ser una práctica usual en el mercado.
63. En su recurso de apelación, Aspec señaló que se atentaría el derecho de los consumidores a la libre elección entre productos idóneos y de calidad que se

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

²⁹ Ver la Resolución 1924-2014/SPC-INDECOPI del 11 de junio de 2014.
21/46

ofrecen en el mercado, toda vez que en la práctica serían obligados a consumir o tomar solo los productos que ahí se ofrecen, negando a los consumidores la posibilidad de alimentarse de manera saludable.

64. En su defensa, Cinemark señaló que el único requisito que requería era el pago de la entrada respectiva, por lo cual los consumidores podían optar por: (a) ingerir los alimentos antes de ingresar a las salas de cine y/o (b) ingerir alimentos luego de salir de la función respectiva, siendo que la adquisición de productos en la confitería de las salas de cine no era obligatoria, a efectos de que los consumidores pudieran acceder a las mismas. Indicó que, si un consumidor debía consumir un determinado producto alimenticio podía hacerlo antes o después de ingresar a la sala de cine. Asimismo, señaló que, el ingreso de otra clase de alimentos –arroz con pollo, lomo saltado o sopa a la minuta en la sala de cine– no sería esperado por otros consumidores configurando ello una falta de idoneidad.
65. Por otro lado, manifestó que todos los consumidores tenían conocimiento de los productos que se expenden en sus confiterías, por tanto, estos serían conscientes de que ciertos alimentos podrían ser ingresados a las salas y que el hecho de que los consumidores no pudieran ingresar a las salas de cine con productos alimenticios adquiridos en otros establecimientos respondía, única y exclusivamente, al ejercicio del derecho de libre iniciativa privada y libertad de empresa, en virtud de los cuales se encontraba en la libertad de establecer el modelo de negocio que considerara pertinente.
66. Obra en el expediente en calidad de medio probatorio, la fotografía de un aviso colocado por Cinemark en una de sus salas de cine³⁰, en el cual se establece la prohibición del ingreso de alimentos y/o bebidas de afuera, conforme se aprecia a continuación:



³⁰ Ver a foja 9 del expediente.

67. Al respecto, cabe precisar que la denunciada no ha negado la veracidad de dicho medio probatorio, así como el hecho que en sus locales se restrinja el acceso con alimentos y bebidas adquiridas fuera de su establecimiento, siendo que, de lo expuesto, se encuentra acreditado la existencia de la referida restricción.
68. En primer lugar, esta Sala considera necesario precisar que, si bien la citada prohibición no se encuentra contenida en un contrato escrito, la misma constituye una condición o cláusula contractual verbal, la cual es aplicada a la relación de consumo establecida entre las partes. Al respecto, cabe precisar que las disposiciones generales del Código referidas al capítulo de contratos se aplican a todos los contratos de consumo, sean celebrados por cualquier modalidad o forma, según la naturaleza y alcances correspondientes; ello de conformidad con lo establecido en el artículo 45° de la referida norma³¹.
69. En segundo lugar, se observa que dicho contrato verbal celebrado entre las partes (consumidores y proveedor) es uno de adhesión, en la medida que una de las partes (proveedor) impone a la otra (consumidor) una condición o cláusula no negociada de forma bilateral, de tal forma que el consumidor que quiere acceder al cine debe aceptarla necesariamente. Asimismo, incluso si un consumidor se encontrara ya en el interior del establecimiento podría ser expulsado por parte del empresario, en el supuesto que éste quisiera consumir productos distintos a los ofertados en el interior, esto es, incumplir dicha cláusula.
70. Teniendo en consideración, que nos encontramos ante un contrato de adhesión y a efectos de analizar la responsabilidad de Cinemark en el presente caso, será necesario determinar si la referida cláusula –referida a la restricción de acceso a las salas de cine con cualquier tipo de alimento y/o bebida que no sea adquirido en dicho establecimiento– se encuentra justificada, o si, por el contrario, resulta abusiva, trasgrediendo las normas de protección al consumidor.

³¹ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo IV.- Definiciones.

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

(...)

5. Relación de consumo. - Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III.

(...)

Artículo 45°. - Contrato de consumo.

El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.

Las disposiciones del presente capítulo son aplicables a todos los contratos de consumo, sean celebrados por cualquier modalidad o forma, según la naturaleza y alcances correspondientes.

En todo lo no previsto por el presente Código o en las leyes especiales, son de aplicación las normas del Código Civil en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de estos contratos.

71. En efecto, en el ordenamiento jurídico peruano, el Código reconoce como uno de los derechos del consumidor, el elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, que se ofrecen en el mercado³². Tal derecho tiene como sustento la idea de que son los propios consumidores quienes conocen los productos o servicios que les resultan más convenientes en función de sus intereses y necesidades, de allí que son ellos quienes adoptarán las decisiones de consumo más eficientes en virtud de su autonomía privada.
72. Así, al elegir libremente qué productos o servicios adquieren o contratan entre las opciones existentes en el mercado, los consumidores asumen un rol activo en el desarrollo de este, pues con sus decisiones de consumo premian o castigan a los proveedores, de allí que el artículo VI del Título Preliminar del Código reconoce como una política pública del Estado propiciar que los consumidores “tengan un rol activo en el desarrollo del mercado, informándose, comparando y premiando con su elección al proveedor leal y honesto”³³.
73. Como correlato del referido derecho, surge la obligación de los proveedores de no realizar prácticas que afecten la libertad de elección del consumidor o que mermen de manera significativa dicha libertad de elección.
74. De la revisión de la cláusula en cuestión, se desprende que este tipo de prohibición planteada por la denunciada vulnera el derecho de los consumidores a elegir libremente los productos y servicios que se ofrecen en el mercado, así como el lugar donde desea comprarlos.
75. Si bien tal como lo señala Cinemark en sus descargos, no se encuentra acreditado dentro del procedimiento que la adquisición de productos en la confitería fuera obligatoria para permitir el acceso de los consumidores al cine; lo cierto es que esta Sala advierte la existencia de una restricción que limita la libertad de elección de los consumidores para poder escoger y

³² LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1º.- 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. (...)".

³³ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo VI. Políticas públicas. (...)

3. El Estado orienta sus acciones a defender los intereses de los consumidores contra aquellas prácticas que afectan sus legítimos intereses y que en su perjuicio distorsionan el mercado; y busca que ellos tengan un rol activo en el desarrollo del mercado, informándose, comparando y premiando con su elección al proveedor leal y honesto, haciendo valer sus derechos directamente ante los proveedores o ante las entidades correspondientes. (...).

adquirir entre productos de calidad en el lugar que considere conveniente. Cabe señalar que dicha situación se agrava, si se tiene en cuenta que, en algunos supuestos, la calidad de los alimentos ofertados es inferior a los que pueden comprarse en el exterior; e, incluso más costosos.

76. Al respecto, este Colegiado considera que distinto sería el caso en que un determinado proveedor prohibiera de manera general y absoluta el ingreso a un establecimiento con alimentos, en atención a la existencia de una causa objetiva y justificada; tal como por ejemplo sucede en el caso de los teatros. No obstante, esta Sala verifica que, en el presente caso, tal restricción únicamente alcanza a los productos que el consumidor adquiere en el exterior del mismo. Bajo tal criterio, y, en la medida que el proveedor está permitiendo el ingreso de los consumidores al cine con los alimentos adquiridos en su local, no resultaría justificado que se impida el ingreso de aquellos que fueron adquiridos al exterior.
77. Es importante precisar además que, dicha infracción no nace con la efectiva consumación de la prohibición, a través de la compra de productos al interior del cine sino desde el momento en que la prohibición es informada a los consumidores por parte del proveedor, limitándose con ello el derecho de elección de los consumidores, el cual se encuentra reconocido legalmente por nuestro ordenamiento jurídico nacional.
78. Por otro lado, si bien Cinemark ha indicado que la existencia de la restricción materia de denuncia responde, única y exclusivamente, al ejercicio de su derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa –en virtud de los cuales su representada establece el modelo de negocio que considera pertinente–; esta Sala no desconoce las libertades consagradas en los artículos 58³⁴ y 59³⁵ de la Constitución Política del Perú; no obstante, considera que ello no enerva que dichas libertades deban ejercerse en el marco del respeto a lo establecido en el artículo 65° de la Constitución Política del Perú, el mismo que propugna que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios³⁶.

³⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 58º.**- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

³⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 59º.**- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

³⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 65º.**- 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 encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población.

79. Al respecto, corresponde indicar que el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado en el Expediente 0001-2005-PI/TC, que los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, pueden ejercerse, siempre y cuando estos no colisionen con los intereses generales de la comunidad, respectando los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce:

“(…)

44. Así, este Tribunal ha establecido que otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58º de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17) del artículo 2º del mismo texto, el cual consagra el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia.

45. Por otra parte, la libertad de empresa, consagrada por el artículo 59º de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, 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 socio-económico que la Constitución reconoce.” (subrayado y resaltado es nuestro)

80. Así, de la lectura de la referida Sentencia Constitucional se desprende que, si bien el régimen económico se sustenta en la iniciativa privada y la libertad de empresa, estas se ejercen al interior de una economía social de mercado,

siendo que deben ejecutarse con respeto a otros derechos que la Constitución reconoce, tales como en el presente caso, la protección al derecho de los consumidores.

81. Asimismo, de la revisión y valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, esta Sala advierte que Cinemark no ha acreditado dentro del procedimiento que dicha restricción obedezca a la existencia de factores objetivos; tales como podría ser: higiene, estructura, orden público, así como evitar daños y molestias a las personas o bienes y similares.
82. En ese sentido, esta Sala considera que la restricción consistente en la prohibición de ingresar a las salas de cine con productos alimenticios adquiridos fuera del establecimiento comercial de la denunciada, constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que se encuentra establecida en el inciso e) del artículo 50° del Código³⁷. Ello, en tanto limita los derechos de los consumidores, en específico, en el presente caso, el derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, contenido en el artículo 1°.1 inciso f) del Código.
83. Así, conforme se ha señalado en el considerando sesenta (60) del presente pronunciamiento, en la medida que la consignación de la cláusula cuestionada se trata de una de ineficacia absoluta establecida en el artículo 50° literal e), no corresponde efectuar el análisis de vejatoriedad señalado precedentemente, pues estas son abusivas *per se*.
84. A mayor abundamiento, se debe considerar que, a la fecha, de la revisión de la ficha R.U.C. (20337771085) de Cinemark se aprecia que este tiene como actividad económica principal “actividades de exhibición de películas cinematográficas y cintas de video”³⁸, no apreciándose que tenga alguna actividad referida a la venta o comercialización de productos alimenticios, conforme se aprecia a continuación:

³⁷ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 50.- Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta. Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

(...)

e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.

³⁸ Información extraída de <http://e-consultaruc.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/jcrS00Alias>. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2018.

CONSULTA RUC: 20337771085 - CINEMARK DEL PERU S.R.L		
Número de RUC:	20337771085 - CINEMARK DEL PERU S.R.L	
Tipo Contribuyente:	SOC.COM.RESPONS. LTDA	
Nombre Comercial:	CINEMARK DEL PERU SRL	
Fecha de Inscripción:	09/12/1996	Fecha Inicio de Actividades: 09/12/1996
Estado del Contribuyente:	ACTIVO	
Condición del Contribuyente:	HABIDO	
Dirección del Domicilio Fiscal:	AV. JAVIER PRADO ESTE NRO. 4200 URB. MONTERRICO (C. C. JOCKEY PLAZA - EXTERIOR 2) LIMA - LIMA - SANTIAGO DE SURCO	
Sistema de Emisión de Comprobante:	COMPUTARIZADO	Actividad de Comercio Exterior: IMPORTADOR/EXPORTADOR
Sistema de Contabilidad:	COMPUTARIZADO	
Actividad(es) Económica(s):	Principal - 5914 - ACTIVIDADES DE EXHIBICIÓN DE PELÍCULAS CINEMATOGRÁFICAS Y CINTAS DE VÍDEO	

85. Así, de la valoración del referido medio probatorio se desprende que el servicio de exhibición y proyección de películas cinematográficas es la prestación o actividad principal que dicho proveedor ofrece a los consumidores y por el cual estos asisten a las salas de cines; por tanto, la venta de alimentos (productos comestibles, bebidas, entre otros) constituye solo una actividad secundaria (complementaria), ofreciéndose ambos servicios incluso de forma separada.
86. En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala concluye que la referida restricción consistente en la prohibición de ingresar con alimentos y/o bebidas ajena al establecimiento comercial de la denunciada constituye una cláusula abusiva de ineeficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores. Por lo que, corresponde revocar la resolución recurrida en este extremo que declaró infundada la denuncia contra Cinemark; y, en consecuencia, declarar fundada la misma por infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código.

III.3 Sobre la conducta consistente en no sustentar y explicar las razones por las cuales se restringía el ingreso de los consumidores con productos alimenticios no adquiridos en las salas de cine

III.3.1. Cuestión previa:

87. En primer lugar, corresponde señalar que, si bien Cinemark señaló en su escrito del 21 de septiembre de 2017, que Aspec no habría impugnado este extremo; cabe señalar que, contrariamente a lo señalado por la denunciada y de la revisión del recurso de apelación, se aprecia claramente que Aspec cuestionó el hecho de la falta de explicación de la restricción materia de denuncia, por lo cual corresponde desestimar lo alegado por Cinemark en este punto.

III.3.2. Sobre la nulidad del presente extremo

88. El artículo 10º del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece como causales de nulidad del acto administrativo la inobservancia de las leyes y reglamentos, así como la omisión o defectos de sus requisitos de validez, uno de los cuales es que el acto haya estado precedido de un procedimiento regular³⁹.
89. Teniendo en consideración que, en el acápite anterior se determinó que la restricción de acceso de los consumidores a las salas de cine con productos no adquiridos dentro de dichas instalaciones, constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, que limita el derecho de libre elección de los consumidores; esta Sala considera que carece de objeto emitir un pronunciamiento en el presente extremo. Ello, toda vez que la obligación legal de informar a los consumidores respecto a la restricción de acceso a un establecimiento contenida en el artículo 40º del Código, parte de la premisa que las restricciones que son puestas en conocimiento de los consumidores deban ser objetivas y justificadas; situación que no sucede en el presente caso.
90. Bajo tal premisa, este Colegiado considera que no resulta razonable analizar la responsabilidad de Cinemark por no informar sobre las razones de la restricción impuesta, puesto que ésta resultaba *per se* ilegal, siendo que el hecho de informarla no la revestía de legalidad.
91. A mayor abundamiento, cabe precisar que el análisis respecto al carácter objetivo y justificado de la restricción de acceso impuesta por Cinemark se ha realizado en el acápite anterior.
92. Por las consideraciones expuestas, tomando en cuenta lo expuesto en el párrafo anterior, corresponde declarar la nulidad parcial de la Resolución 1 y la Resolución 849-2017/CC2 en el extremo que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la presunta falta de Cinemark de no haber sustentado y/o explicado la restricción de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento a las salas de cines, toda vez que este cargo se encuentra subsumido y fue analizado como parte integrante de la imputación referida a la restricción de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su

³⁹ DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 10º.- Causales de nulidad. Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

establecimiento a las salas de cines. En consecuencia, se ordena el archivo de la denuncia en el presente extremo.

III.4 Respecto a la puesta a disposición de los consumidores en las salas de cine de productos no saludables

93. El artículo 65º de la Constitución Política del Perú señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios⁴⁰. A fin de cumplir con dicho deber de defensa, el artículo 1º.1 literal f) del Código establece el derecho de los consumidores a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado⁴¹.
94. La Comisión declaró infundada la denuncia contra Cinemark, en este extremo al considerar que el hecho de que la denunciada únicamente ponga a disposición de los consumidores determinados tipos de alimentos, no implicaba una afectación a las normas de protección al consumidor.
95. En su recurso de apelación, Aspec señaló que la denunciada no vendería productos saludables tales como: frutas frescas, secas o sándwich saludables, que muchas personas desearían adquirir, siendo que las salas de cine generalmente venderían solo comida chatarra, bebidas gaseosas, pop corn salado, *hot dog*, nachos, papitas fritas, golosinas, entre otros. Agregó que, no pretendería obligar a las salas de cine que vendan manzanas o cancha menos salada o grasosa; sin embargo, tampoco se podría obligar a los consumidores a tener que aceptar que la única forma de disfrutar de estos productos era adquiriéndolos dentro de las salas de cine.
96. En primer lugar, corresponde señalar que si bien Cinemark señaló que Aspec no habría impugnado este extremo; cabe señalar que, contrariamente a lo señalado por la denunciada y de la revisión del recurso de apelación, se aprecia claramente que Aspec cuestionó el hecho de la venta de productos no saludables en las salas de cine, por lo cual corresponde desestimar lo alegado por Cinemark.

⁴⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 65º.- 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 encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población.

⁴¹ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1º. - 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.

97. Por otro lado, esta Sala comparte lo señalado por la Comisión, al señalar que el hecho de que la autoridad administrativa exija y/o obligue a Cinemark o a cualquier otro proveedor a vender algún tipo de alimento (tales como manzana, pera, mandarina, plátano, pecanas, castañas, almendras, sándwich de palta, pollo, atún, huevo, etc.), trasgrede el derecho de libertad de empresa de la denunciada, desnaturizando su auto-organización empresarial.
98. Sobre el particular, cabe precisar que, a la fecha no existe norma legal alguna que obligue a Cinemark a comercializar determinados tipos de productos en sus salas de cine, contando estos con el derecho de elegir libremente los productos que desee adquirir.
99. Por tal motivo, corresponde confirmar la resolución apelada en este extremo que declaró infundada la denuncia por presunta infracción de los artículos 1°.1 inciso f), 18° y 19° del Código.

Sobre la medida correctiva

100. El artículo 114º del Código establece la facultad que tiene la Comisión para ordenar a los proveedores la imposición de medidas correctivas reparadoras y complementarias a favor de los consumidores⁴².
101. La finalidad de las medidas correctivas reparadoras (establecidas en el artículo 115º del Código) es resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa, mientras que las complementarias (señaladas en el artículo 116º del Código) tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que, en el futuro, esta se produzca nuevamente⁴³.

⁴² **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 114º.- Medidas correctivas.** Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias.

Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.

⁴³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 115º.- Medidas correctivas reparadoras.**
115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior. (...).

Artículo 116º.- Medidas correctivas complementarias. - Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

- a. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.
- b. Declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento.
- c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas.

(...).

102. Teniendo en consideración que, mediante la presente resolución, la Sala ha revocado la resolución apelada, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Cinemark respecto a la restricción del acceso a los consumidores a sus salas de cine con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en su establecimiento; y, en consecuencia, lo declaró fundado, corresponde analizar la pertinencia de dictar una medida correctiva.
103. En el presente caso, Aspec solicitó como medida correctiva, en relación a este extremo, que se declare la restricción materia de denuncia como ilícita por ser abusiva, dado que trasgredía lo establecido en el Código.
104. Sobre el particular, esta Sala considera que, con la finalidad de evitar que en el futuro se produzcan infracciones como la detectada en el presente procedimiento referida a la cláusula abusiva limitativa de derechos corresponde ordenar como medida correctiva a Cinemark que, en el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, se abstenga de aplicar en contra de los consumidores cláusulas limitativas como la analizada en el presente caso, para lo cual deberá retirar de sus establecimientos comerciales (salas de cine) el aviso donde informa a los consumidores la prohibición del ingreso a sus salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera de su establecimiento.
105. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, esta Sala considera que a fin de evitar que los consumidores puedan ingresar a las salas de cine con productos alimenticios que, por razones de higiene, seguridad, u otros, causen un daño a la infraestructura del local o de otros consumidores, el ingreso de alimentos a las salas de cine se supeditara a aquellos productos iguales y/o de similares características a los que Cinemark vende en sus locales, de acuerdo a los usos y costumbres del mercado.
106. Asimismo, se informa a Cinemark que deberá presentar los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de la medida correctiva ordenada a la Comisión, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo otorgado para tal fin; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117º del Código⁴⁴. Por otro lado, se informa que en caso se produzca el

⁴⁴ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 117º.- Multas coercitivas por incumplimiento de mandatos.

Si el obligado a cumplir con un mandato del Indecopi respecto a una medida correctiva o a una medida cautelar no lo hace, se le impone una multa coercitiva no menor de una (1) Unidad Impositiva Tributaria, tratándose de una microempresa; en todos los otros supuestos se impone una multa no menor de tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

En caso de persistir el incumplimiento de cualquiera de los mandatos a que se refiere el primer párrafo, el órgano resolutivo puede imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta hasta el

incumplimiento del mandato, la Comisión, evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI⁴⁵.

Sobre la graduación de la sanción

107. Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, teniendo como fin último adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas. Así, a efectos de graduar la sanción a imponer por una infracción detectada, el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa el de razonabilidad⁴⁶.
108. El artículo 112º del Código establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Comisión debe atender al beneficio ilícito esperado con la

límite de doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). La multa que corresponda debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencido el cual se ordena su cobranza coactiva.

No cabe la impugnación de las multas coercitivas previstas en el presente artículo.

45

DIRECTIVA 006-2017/DIR-COD-INDECOPI. DIRECTIVA QUE REGULA LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PREVISTOS EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. IV. PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR POR INICIATIVA DE PARTE.

(...)

4.8. De las medidas correctivas. En los supuestos en que el órgano resolutivo considere lo acordado por las partes durante la relación de consumo al dictar una o varias medidas correctivas; debe atender a que las mismas no contravengan las disposiciones recogidas en los Título II y III del Código referidos a los contratos de consumo y métodos comerciales abusivos.

En caso se ordenen medidas correctivas o medidas cautelares, la Resolución Final deberá apercibir al obligado, a presentar los medios probatorios que acrediten su cumplimiento en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo que se otorga para cumplir el mandato; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117 del Código.

En caso se produzca el incumplimiento del mandato, el beneficiario deberá comunicarlo al órgano resolutivo de primera instancia, el cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la presente Directiva.

46

DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 246º.- **Principios de la potestad sancionadora administrativa.** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad. - 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:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, el daño resultante de la infracción, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado, la reincidencia o el incumplimiento reiterado y otros criterios que considere adecuado adoptar⁴⁷.

109. Conforme se ha señalado en párrafos precedentes, mediante la presente resolución, la Sala ha revocado la resolución apelada, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Cinemark, referido a que la denunciada habría restringido el acceso a los consumidores el acceso a sus salas de cine con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en su establecimiento, y, en consecuencia, se declaró fundada la denuncia. Por lo cual, corresponde analizar la sanción a imponer a Cinemark en el presente caso.
110. Al respecto, esta Sala considera que el daño resultante de la infracción se ve reflejado en que la existencia de tal restricción coloca a los consumidores que asisten a las salas de cine de la denunciada en una situación de desventaja, pues restringe su derecho legal a la libre elección, reconocido en el Código.
111. Por otro lado, este Colegiado advierte que la infracción verificada puede generar efectos negativos en el mercado, en la medida que causa una percepción negativa en los consumidores respecto a los proveedores que brindan esta clase de servicio de entretenimiento (proyección y/o exhibición de películas), toda vez que no esperarían que estos proveedores estipulen una restricción que vulnere la normativa de protección al consumidor, esto es, su derecho a elegir libremente entre productos de calidad, colocándolos en una situación de desventaja, al tener que adquirir los productos alimenticios que vende la denunciada en el interior de su local comercial, si desea consumir algún producto durante la proyección de la película.
112. De otro lado, la infracción detectada en el presente caso es grave, toda vez que constituye una cláusula abusiva que va en contra de las exigencias de la buena fe, restringiendo el derecho de los consumidores de poder adquirir los productos que mejor le parezcan en el lugar que determine libremente.

⁴⁷ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112º.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.

Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
2. La probabilidad de detección de la infracción.
3. El daño resultante de la infracción.
4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.

(...)

113. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, y, en la medida que es la primera vez que este Colegiado sanciona a la denunciada por una infracción como la analizada en el presente caso, y, considerando que, no existe una posición homogénea respecto del tratamiento de la presente restricción a nivel internacional, esta Sala considera que corresponde imponer a Cinemark una amonestación.
114. Finalmente, corresponde advertir a Cinemark que, de volver a cometer la mencionada conducta infractora, ello calificaría como una reincidencia, siendo que dicha situación es pasible de una sanción necesariamente pecuniaria, puesto que tal hecho pondría de manifiesto que la amonestación impuesta no ha sido suficientemente disuasiva⁴⁸.

De las costas y costos del procedimiento

115. De conformidad con lo establecido por el artículo 7º del Decreto Legislativo 807, Ley Sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi⁴⁹, la Comisión y la Sala pueden ordenar al infractor que asuma el pago de las costas y costos del procedimiento en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. El pago de las costas y costos en favor de la parte denunciante tiene por objeto devolverle los gastos que se vio obligada a realizar al acudir ante la Administración para denunciar un incumplimiento de la Ley.
116. Teniendo en cuenta que se ha determinado que Cinemark incurrió en una infracción al Código, corresponde condenar a dicho proveedor al pago de las costas y costos incurridos por Aspec en el trámite del presente procedimiento.

⁴⁸ DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 246º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...) 3. **Razonabilidad.** - 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:

(...) e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
(...)

⁴⁹ DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. Artículo 7º.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del artículo 38 del Decreto Legislativo 716.

De la inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi

117. De acuerdo a lo establecido en el artículo 119° del Código⁵⁰, los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados en el Registro de Infracciones y Sanciones por el lapso de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de dicha resolución.
118. En la medida que esta Sala ha determinado la responsabilidad de Cinemark por infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código, corresponde disponer que se proceda a la inscripción de la denunciada en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Resolución 849-2017/CC2 del 26 de mayo de 2017, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor - Sede Lima Sur N° 2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – Aspec contra Cinemark del Perú S.R.L., por presunta infracción de los artículos 47° inciso b), 48° inciso c) y 57° del Código de Protección y Defensa del Consumidor; toda vez que, el deber de idoneidad, la protección mínima del contrato de consumo, cláusulas y prácticas abusivas, no implica la regulación de precios en el mercado.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 849-2017/CC2, en los extremos que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la conducta consistente en que Cinemark del Perú S.R.L. habría restringido el acceso a sus salas de cine con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en su establecimiento comercial como una infracción del artículo 58°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que la conducta antes mencionada se encuentra contemplada como una presunta infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor. En consecuencia, se ordena el archivo de dicho extremo de la denuncia.

TERCERO: Revocar la Resolución 849-2017/CC2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – Aspec contra Cinemark del Perú S.R.L., por presunta infracción de los

⁵⁰ **CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 119º.- Registro de infracciones y sanciones.** El Indecopi lleva un registro de infracciones y sanciones a las disposiciones del presente Código con la finalidad de contribuir a la transparencia de las transacciones entre proveedores y consumidores y orientar a estos en la toma de sus decisiones de consumo. Los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados por el lapso de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de dicha resolución.

artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, en consecuencia, se declara fundada la misma. Ello, al haberse acreditado que la restricción consistente en la prohibición a los consumidores de ingresar a las salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento comercial, aplicada por la denunciada, constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores.

CUARTO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 849-2017/CC2, en el extremo que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la presunta falta de Cinemark del Perú S.R.L. en no haber sustentado y/o explicado la restricción de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento a las salas de cines, toda vez que este cargo se encuentra analizado como parte integrante de la imputación referida a la restricción de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento a las salas de cines. En consecuencia, se ordena el archivo de la denuncia en el presente extremo.

QUINTO: Confirmar la Resolución 849-2017/CC2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – Aspec contra Cinemark del Perú S.R.L., por presunta infracción de los artículos 1°.1 inciso f), 18° y 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que el hecho de que ponga a disposición de los consumidores determinados tipos de alimentos y/o bebidas en sus salas de cine, no implica una afectación a las normas de protección al consumidor.

SEXTO: Ordenar como media correctiva a Cinemark del Perú S.R.L., que en un plazo de diez (10) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, se abstenga de aplicar en contra de los consumidores cláusulas limitativas como la analizada en el presente caso, para lo cual deberá retirar de sus establecimientos comerciales (salas de cine) el aviso donde informa a los consumidores la prohibición del ingreso a sus salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera de su establecimiento.

Asimismo, a fin de evitar que los consumidores puedan ingresar a las salas de cine con productos alimenticios que, por razones de higiene, seguridad, u otros, causen un daño a la infraestructura del local o de otros consumidores, el ingreso de alimentos a las salas de cine se supeditara a aquellos productos iguales y/o de similares características a los que Cinemark del Perú S.R.L. vende en sus locales, de acuerdo a los usos y costumbres del mercado.

Por otro lado, se informa a Cinemark del Perú S.R.L. que deberá presentar los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de la medida correctiva ordenada a la Comisión de Protección al Consumidor - Sede Lima Sur N° 2, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo

otorgado para tal fin; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Asimismo, se informa que en caso se produzca el incumplimiento del mandato, la Comisión de Protección al Consumidor - Sede Lima Sur N° 2, evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI.

SEPTIMO: Sancionar a Cinemark del Perú S.R.L. con una amonestación, por la inclusión de una cláusula abusiva que limita los derechos de los consumidores, consistente en la prohibición del ingreso a sus salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera de su establecimiento.

OCTAVO: Condenar a Cinemark del Perú S.R.L. al pago de las costas y costos incurridos por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – Aspec en el trámite del presente procedimiento.

NOVENO: Disponer la inscripción de Cinemark del Perú S.R.L. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

Con la intervención de los señores vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, Juan Alejandro Espinoza Espinoza y Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente

El voto en discordia de la señora vocal Mónica Eliana Medina Triveño, en los extremos referidos a: (i) la restricción de acceso a las salas de cine, con cualquier tipo de producto alimenticio que no hubiera sido adquirido en el establecimiento comercial de Cinemark; y, (ii) el hecho de no haber sustentado y/o explicado sobre dicha restricción, es el siguiente:

Si bien la vocal que suscribe el presente voto coincide con el sentido del voto en mayoría en los extremos que declaran infundada la denuncia presentada por Aspec contra Cinemark del Perú S.R.L. (en adelante, Cinemark) por presunta infracción de: (i) los artículos 47° inciso b), 48° inciso c) y 57° del Código; toda vez que el deber de idoneidad, la protección mínima del contrato de consumo, cláusulas y prácticas abusivas, no implican la regulación de precios en el mercado;

y, (ii) los artículos 1º.1 inciso f), 18º y 19º del Código, toda vez que el hecho de que la denunciada ponga a disposición de los consumidores determinados tipos de alimentos y/o bebidas en sus salas de cine, no implica una afectación a las normas de protección al consumidor; discrepa de los fundamentos expuestos del mismo, en relación a los extremos referidos a: (i) la restricción de acceso a las salas de cine con cualquier tipo de producto alimenticio que no hubiera sido adquirido en el establecimiento comercial de Cinemark; y (ii) el hecho de no haber sustentado y/o explicado dicha restricción. Ello, en atención a los siguientes argumentos:

- (i) Sobre la restricción de acceso a las salas de cine con cualquier tipo de producto alimenticio que no hubiera sido adquirido en dicho establecimiento

(i.1) Sobre la tipificación de la conducta infractora

1. El artículo 10º.1 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General establece como causales de nulidad del acto administrativo la contravención a las leyes⁵¹. Asimismo, el artículo 252º de la referida norma⁵² dispone que, para ejercer la potestad sancionadora, la autoridad administrativa requiere haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido. De acuerdo con dicha norma, la resolución que da inicio al trámite del procedimiento sancionador deberá contener, entre otros requisitos, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir, es decir, la formulación de los cargos imputados.
2. La formulación de cargos constituye un trámite esencial del procedimiento sancionador, pues permite al administrado informarse de los hechos

⁵¹ DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 10º.- Causales de nulidad. Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
(...)

⁵² DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 252º.- Caracteres del procedimiento sancionador.

252.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción.
2. Considerar que los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores.
3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.
4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 171.2 del artículo 171, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.

imputados y su calificación como ilícitos, a efectos de poder ejercer adecuadamente su derecho de defensa en el marco de un debido procedimiento. Dicho acto, además, determina cuáles serán los hechos que serán objeto de controversia, probanza, análisis y decisión en el procedimiento, por lo que la autoridad debe ser cuidadosa en su formulación.

3. En el presente caso, de la revisión del expediente se desprende que mediante Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 849-2017/CC2, la Secretaría Técnica de la Comisión y la Comisión imputaron y se pronunciaron, respectivamente, sobre la conducta consistente en que Cinemark habría restringido el acceso a sus salas de cine con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en su establecimiento como una infracción de los artículos 49°.1, 50° inciso e) y 58°.1 del Código. No obstante, la vocal que suscribe el presente voto considera que la conducta antes mencionada debe ser analizada únicamente como una presunta infracción del artículo 57° del Código⁵³, toda vez que lo denunciado hace referencia a una presunta práctica abusiva, la cual pondría a los consumidores bajo condiciones excesivamente onerosas.
4. Por lo expuesto en los párrafos precedentes, considero que corresponde declarar la nulidad parcial de la Resolución 1 y la Resolución 849-2017/CC2 que imputaron y se pronunciaron, respectivamente, por una infracción de los artículos 49°.1, 50° inciso e) y 58°.1 del Código.
5. No obstante ello, en aplicación del artículo 225º del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁵⁴ y del principio de eficacia establecido en el numeral 1.10 del artículo IV de la referida norma⁵⁵, teniendo en cuenta que a lo largo del procedimiento Cinemark ha

⁵³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. 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.

⁵⁴ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 225º.- Resolución.**
(...)

225.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

⁵⁵ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.** 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)

1.10. Principio de eficacia. - Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedural, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

tenido la oportunidad de ejercer válidamente su derecho de defensa y en la medida que obran en el expediente elementos suficientes para emitir un pronunciamiento respecto de la cuestión controvertida, corresponde que emita un pronunciamiento sobre la imputación referida a la presunta restricción al acceso a las salas de cine de la denunciada con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en su establecimiento, como una presunta infracción del artículo 57° del Código.

(ii) Sobre el análisis del presente caso

6. El artículo 57° del Código⁵⁶ establece que 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.
7. En el presente caso, Aspec denunció a Cinemark debido a que, a través de la colocación de carteles restringía el acceso de los consumidores a sus salas de cine con cualquier tipo de producto alimenticio que no hubiera sido adquirido en su establecimiento.
8. Obra en el expediente copia de la fotografía de un aviso colocado por Cinemark en una de sus salas de cine, en el cual se establece la prohibición del ingreso de los consumidores con alimentos y bebidas compradas fuera de las salas⁵⁷.
9. Sobre el particular, la denunciada no ha negado la veracidad de dicho medio de prueba, así como el hecho de que en sus locales se restrinja el acceso con alimentos y bebidas adquiridas fuera de su establecimiento, siendo que, de lo expuesto, se encuentra acreditada la existencia de la referida restricción.
10. No obstante, considero que la restricción denunciada, esto es, la prohibición de que los consumidores ingresen a las salas de cine con alimentos y/o bebidas que sean ajenos a los que venden en su local, no trasgrede las normas de protección al consumidor, siendo que ello forma parte del modelo

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

⁵⁶ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. 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.

⁵⁷ Ver foja 9 del expediente.

empresarial establecido por la denunciada en sus establecimientos comerciales, a efectos de que los consumidores adquieran los productos que vende. Caso contrario, esto es, el permitir el ingreso libre de alimentos, implicaría la afectación de su estructura de costos, siendo además que de no respetarse la política empresarial establecida por la denunciada se desnaturalizaría los derechos a la libre iniciativa privada⁵⁸ y libertad empresarial⁵⁹, los cuales se encuentran reconocidos constitucionalmente en la Constitución Política del Perú.

11. Asimismo, se debe considerar que, en virtud al principio de primacía de la realidad establecido en el Código⁶⁰, el servicio ofrecido por dichas empresas no solo está configurado por la exhibición y proyección de películas cinematográficas, sino también la venta de productos alimenticios (bebidas y comestibles) en sus establecimientos.
12. Por otro lado, la vocal que suscribe el presente voto, no considera que dicha práctica restrinja el derecho a la libre elección de los consumidores⁶¹. Ello, toda vez que la denunciada no impone a los mismos la adquisición de los comestibles o bebidas en sus salas de cine, por lo que los consumidores son libres de consumir bebidas o productos alimenticios o no dentro de las instalaciones de la denunciada. En efecto, lo único que la denunciada realiza es reservarse la exclusiva de la prestación de alimentos para que los consumidores los consuman durante la exhibición de la película dentro de su establecimiento, no permitiéndose el acceso a la sala de aquellos productos alimenticios o bebidas compradas en establecimientos ajenos.

⁵⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 58º.**- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁵⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 59º.**- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

⁶⁰ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. TITULO PRELIMINAR. ARTÍCULO V.- Principios.**

El presente Código se sujet a los siguientes principios:
(...)

8. Principio de Primacía de la Realidad. - En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.

⁶¹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. 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.

13. Por otro lado, estimo que la restricción impuesta por Cinemark no ocasiona una desventaja para los consumidores que asisten a sus salas de cine, ello en la medida que, de manera previa a la contratación del servicio de entretenimiento, éstos toman conocimiento oportuno, a través de avisos, respecto de la restricción del ingreso de alimentos y/o bebidas del exterior, siendo que éstos deciden ingresar o no al establecimiento bajo tales condiciones. Por tanto, dicha restricción no implica una práctica abusiva.
14. Asimismo, es pertinente indicar que, a nivel doctrinario, la restricción materia de análisis se encuentra justificada económica y jurídicamente, no advirtiéndose alguna afectación a los derechos de los consumidores, conforme se aprecia a continuación:

"(...) la prohibición que las salas de cine establecen de acceder a ellas con alimentos o bebidas adquiridos fuera del cine tiene una justificación económica y una legitimidad innegable. Esta condición se fundamenta en la facultad del empresario de configurar y organizar la libertad de empresa (...). La evolución del sector de las salas de cine en los últimos años explica el cambio en el modelo y las estrategias de negocio de las empresas dedicadas a esta actividad, que se han visto obligadas a modificar y ampliar sus prestaciones en el mercado para satisfacer los deseos de los usuarios y mantener su rentabilidad. La venta de palomitas, otros alimentos y bebidas es ahora tan importante para los cines como la exhibición de películas; prohibir el consumo de productos adquiridos fuera de la sala es lógico y perfectamente coherente con la libertad de empresa y es, además, respetuoso con los derechos de los consumidores, a los que en ningún caso se fuerza a adquirir productos o prestaciones accesorios. Como se ha intentado demostrar, la prohibición supera el análisis de licitud (...), a pesar de que algunas decisiones judiciales y administrativas en aplicación de la legislación de protección del consumidor consideran que se trata de una cláusula abusiva de la contratación"⁶².

15. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, considero que, en el caso que por temas de salud algún consumidor deseara ingresar algún producto específico, éste legítimamente podría solicitar su ingreso, acreditando previamente dicha condición e informando al proveedor respecto de ello. Lo anterior, de acuerdo a lo que un consumidor razonablemente esperaría de un proveedor de este tipo de servicios en el marco del deber de idoneidad establecido en los artículos 18º⁶³ y 19º⁶⁴ del Código, así como el derecho a la salud de los consumidores reconocido en el artículo 25º del Código⁶⁵.

⁶² MARCOS, FRANCISCO. “¿Monopolio de las palomitas en los cines? Comentarios a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21º) de 8 de enero de 2003” en Anuario de la Competencia 2003. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2004. Página 369.

⁶³ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 18º.- Idoneidad. Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la

16. En ese sentido, la vocal que suscribe el presente voto considera que la restricción denunciada impuesta por Cinemark en sus salas de cine se encuentra justificada, no resultando lesiva a la moral, la salud o seguridad pública de los consumidores, sino por el contrario, se encuentra amparada por los derechos de libre iniciativa privada y libertad de empresa de la denunciada, conforme a lo señalado en el presente voto en discordia.
17. De lo expuesto, se encuentra acreditado que la restricción aplicada por Cinemark en sus establecimientos no constituye una práctica abusiva, por el contrario, esta clase de prohibición se encuentra justificada.
18. Bajo tales consideraciones, considero que corresponde declarar infundada la denuncia en este extremo contra Cinemark por presunta infracción del artículo 57° del Código.
 - (ii) Sobre el hecho que el proveedor no sustentó ni explicó la restricción de ingresar productos alimenticios no adquiridos en las salas de cine
19. El artículo 18º del Código citado precedentemente define a la idoneidad de los productos y servicios como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a la naturaleza de los mismos, las condiciones acordadas, la publicidad e información transmitida, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. Asimismo, el artículo 19º de la referida norma establece la responsabilidad de los proveedores por la idoneidad y calidad de los productos y servicios que ofrecen en el mercado.
20. El supuesto de responsabilidad administrativa en la actuación del proveedor impone a éste la carga de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del producto colocado en el mercado, sea porque actuó cumpliendo con las normas debidas o porque pudo acreditar la existencia de

transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

64 **LEY 29571. CODIGO DE PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 19º.- Obligación de los proveedores.** El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.

65 **LEY 29571. CODIGO DE PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 25º.- Deber general de seguridad.** Los productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes.

hechos ajenos que lo eximen de responsabilidad. Así, una vez acreditado el defecto por el consumidor, corresponde al proveedor acreditar que éste no le es imputable.

21. Por otro lado, el artículo 40º del Código⁶⁶ establece que los establecimientos abiertos al público que establezcan restricciones objetivas y justificadas de acceso a sus instalaciones tienen la obligación de informar dichas restricciones a los consumidores, de manera directa, clara y oportuna, en forma previa al acto de consumo, mediante la ubicación de carteles o avisos, de manera visible y accesible en el exterior del establecimiento y, complementariamente, a través de otros medios de información, además que las restricciones no pueden ser redactadas de manera genérica o ambigua.
22. La Comisión declaró infundada la denuncia contra Cinemark, en este extremo, al haberse acreditado que cumplió con informar a los consumidores las restricciones para ingresar a sus establecimientos –prohibición de ingresar a las salas de cine con alimentos y/o bebidas ajenas a su local–; y, en tanto no resultaba una obligación legal el tener que sustentar tal decisión.
23. En su recurso de apelación, Aspec señaló que resultaba un absurdo que las empresas solo tengan que informar la restricción a los consumidores para que éstos tomen la decisión de aceptarla o no, siendo que el solo hecho de informarla no los eximia de responsabilidad.
24. En primer lugar, si bien Cinemark señaló en su escrito del 21 de septiembre de 2017, que Aspec no habría impugnado este extremo; cabe señalar que, contrariamente a lo señalado por la denunciada y de la revisión del recurso de apelación, se aprecia claramente que la citada Asociación cuestionó el hecho de la falta de explicación de la restricción materia de denuncia, por lo cual corresponde desestimar lo alegado por Cinemark.
25. Por otro lado, conforme se ha señalado en párrafos precedentes, obra en el expediente copia de una fotografía de un aviso colocado por Cinemark, a través del cual informa a los consumidores que asisten a su establecimiento comercial la prohibición del ingreso de alimentos y bebidas compradas fuera de las salas, señalando lo siguiente: “*Prohibido el ingreso con alimentos y bebidas de afuera*”.

⁶⁶ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 40.- Obligación de informar sobre restricciones de acceso a establecimientos. Los establecimientos abiertos al público que establezcan restricciones objetivas y justificadas de acceso a sus instalaciones tienen la obligación de informar dichas restricciones a los consumidores, de manera directa, clara y oportuna, en forma previa al acto de consumo, mediante la ubicación de carteles o avisos, de manera visible y accesible en el exterior del establecimiento y, complementariamente, a través de otros medios de información. Las restricciones no pueden ser redactadas de manera genérica o ambigua.

26. Adicionalmente de la revisión de la página web de Cinemark (<http://www.cinemark-peru.com/home>), se aprecia que la denunciada informa a los consumidores la restricción del ingreso a las salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera de su establecimiento comercial, señalando "*Le recordamos que solo se podrá ingresar a la sala con productos en nuestro snack bar*".
27. En tal sentido, se encuentra acreditado que Cinemark informa a los consumidores que asisten a su local comercial, por medio de un aviso que, se encuentra prohibido el ingreso a sus salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera de su establecimiento.
28. Ahora, en relación a la obligación de Cinemark de sustentar y/o explicar dicha restricción que fue informada por medio del citado aviso, corresponde indicar que la obligación legal establecida en el artículo 40° del Código, solo establece que los proveedores deben informar a los consumidores las restricciones que establezcan de manera directa, clara y oportuna, en forma previa al acto de consumo para el acceso a sus establecimientos (objetivas y justificadas), mas no señala que los proveedores deban sustentar o explicar detalladamente los motivos de las restricciones que impone.
29. Por las consideraciones expuestas, considero que corresponde confirmar este extremo de la resolución apelada que declaró infundada la denuncia contra Cinemark por presunta infracción de los artículos 18°, 19° y 40° del Código.

MÓNICA ELIANA MEDINA TRIVEÑO
Vocal