

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al
Consumidor**

**La vulneración de la libertad de empresa a través del control de las
cláusulas abusivas en las relaciones jurídicas de consumo**

**Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Derecho de Protección al Consumidor**

AUTOR:

Luis Gustavo Bautista Huarancca

ASESOR:

Dr. Javier Mihail Pazos Hayashida


Lima, 2022

Informe de Similitud

Yo, Pazos Hayashida Javier Mihail, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado “La vulneración de la libertad de empresa a través del control de las cláusulas abusivas en las relaciones jurídicas de consumo”, del/de la autor(a) Bautista Huarancca Luis Gustavo, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y el trabajo académico, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 03 de abril del 2023.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Pazos Hayashida Javier Mihail	
DNI: 07758696	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3516-2603	

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se realiza un análisis de la aplicación e interpretación por parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual respecto a la categoría jurídica de la cláusula abusiva en relaciones jurídicas de consumo, y el posible riesgo de vulneración a la libertad de empresa que puede conllevar su utilización bajo determinadas circunstancias.

En base a ello, partiendo de la definición de los conceptos de cláusula abusiva y libertad de empresa, y de una aproximación a sus principales características en el marco de un modelo de economía social de mercado, se cuestiona la necesidad de una interpretación por parte del Indecopi de realizar un análisis proporcional y adecuado de la realidad del mercado particular que atiende para evaluar la procedencia de la figura de la cláusula abusiva.

Para este propósito, se lleva a cabo un análisis de las resoluciones N° 0219-2018/SPC-INDECOPI y N° 0243-2018/SPC-INDECOPI, en cuyos pronunciamientos el Tribunal del Indecopi declaró como una cláusula abusiva de ineficacia absoluta la prohibición de Cineplex S.A. y Cinemark del Perú S.R.L. de ingresar a sus salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas en establecimientos comerciales externos, vulnerando su libertad de empresa en su manifestación de libertad de organización.

Palabras clave: Protección al consumidor, libertad de empresa, cláusulas abusivas, libertad de empresa

ABSTRACT

In the present research work, an analysis of the application and interpretation is carried out by the Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual regarding the legal category of the abusive clause in consumer legal relations, and the possible risk of infringement of business freedom that its use may entail under certain circumstances.

Based on this, based on the definition of the concepts of unfair terms and free enterprise, and an approximation to its main characteristics within the framework of a social market economy model, the need for an interpretation by the Indecopi to carry out a proportional and adequate analysis of the reality of the particular market that it attends to evaluate the origin of the figure of the abusive clause.

For this purpose, an analysis of resolutions N° 0219-2018/SPC-INDECOPI and N° 0243-2018/SPC-INDECOPI is carried out, in whose pronouncements the Indecopi Court declared the of Cineplex and Cinemark del Perú S.R.L. as an abusive clause of absolute ineffectiveness the prohibition of entering their movie theaters with food and/or drinks purchased in external commercial establishments, violating their freedom of enterprise in their manifestation of freedom of organization.

Keywords: consumer protection, abusive clauses, freedom of enterprise

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
Sección 1: Marco general: el concepto de las cláusulas abusivas y su regulación en el Código de Protección y Defensa del Consumidor	3
1.1. El concepto de las cláusulas abusivas en el régimen jurídico peruano	3
1.2. Elementos que configuran una cláusula abusiva.....	6
1.3. Las cláusulas abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor	7
Sección 2: El contenido de la libertad de empresa en el marco de una economía social de mercado	8
2.1. El régimen económico constitucional y la libertad de empresa	8
2.2. El contenido esencial de la libertad de empresa	9
2.3. Límites al ejercicio de la libertad de empresa	12
Sección 3: Análisis de pronunciamientos relevantes del Indecopi en materia de cláusulas abusivas. El modelo de negocio frente al derecho de los consumidores	13
3.1. Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI y Resolución N° 0243-2018/SPC-INDECOPI.....	13
Conclusiones	17
Bibliografía	21

INTRODUCCIÓN

La necesidad de disponer de mecanismos de contratación que respondan al fenómeno de un tráfico comercial dinámico, célere y en constante crecimiento, allí donde las técnicas tradicionales de contratación se han visto sustancialmente superadas, ha determinado la creación de un nuevo modelo de contratación para la adquisición de bienes y servicios en la actualidad.

Es así que la transición de un modelo de contratación tradicional, que, en líneas generales, presupone una negociación individualizada de las cláusulas que conformaban el contrato, a un modelo de contratación estandarizada, fue una consecuencia necesaria ante el proceso de desarrollo económico y social característico de las últimas décadas. Por lo cual, los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, modalidades de contratación estandarizada, son la manifestación a una necesidad concreta de la nueva realidad del tráfico comercial.

Ciertamente, el sistema de contratación estandarizada trajo consigo considerables ventajas como la reducción de costos de transacción y la celeridad en relaciones comerciales. Sin embargo, sin perjuicio de los aspectos positivos de la contratación estandarizada, su aplicación también ha generado inconvenientes a razón de situaciones surgidas a partir de la limitación de la libertad contractual de la parte adherente.

Por este motivo, el artículo 49° del Código de Protección y Defensa del Consumidor define y regula la figura de las cláusulas abusivas y determina que estas serán inexigibles en la relación jurídica de consumo. Como se advierte, esta categoría tiene por objeto corregir situaciones en el mercado en las que el proveedor hubiera impuesto limitaciones o restricciones a los derechos de los consumidores o se hubiera atribuido derechos o facultades desproporcionales respecto a sus obligaciones asumidas en virtud del contrato.

Empero, si bien queda fuera de toda duda que las cláusulas abusivas son una categoría legítima y sumamente útil para corregir situaciones no deseadas para los consumidores en el mercado, es válido cuestionarse si su aplicación se produce de manera correcta y en consideración al contexto económico del mercado en el que interviene.

Por este motivo, el presente trabajo de investigación académico tiene como objeto analizar y exponer un supuesto en el cual la aplicación inadecuada de la categoría de la cláusula abusiva por parte del Indecopi determinó una vulneración injustificada y desproporcionada a la libertad de empresa de los proveedores. Para ello, el trabajo ha sido dividido en tres partes.

En el primer capítulo se desarrolla el concepto de cláusula abusiva. Para este propósito, se parte del análisis general del surgimiento del sistema de contratación estandarizada. A partir de ello, se efectuará un estudio sobre los elementos configuradores de la cláusula abusiva y su regulación en el ordenamiento peruano de protección al consumidor. De esta forma, se presenta la figura que es materia de análisis de este trabajo.

En la segunda parte, se aborda la cuestión del contenido de la libertad de empresa en el marco de un régimen constitucional económico de una economía social de mercado. Teniendo en consideración la definición de una economía social de mercado, se identifica el contenido esencial de la libertad de empresa y los límites que rigen sobre la misma.

Finalmente, en el tercer y último capítulo, se pretende analizar el criterio de aplicación de la autoridad de consumo y los fundamentos de su decisión. En esta sección se busca, a través de la valoración de dos resoluciones ilustrativas – la Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI y la Resolución N° 0243-2018/SPC-INDECOPI- identificar las particularidades que se manifiestan en estas resoluciones, cuya decisión conllevó a una grave afectación a la libertad de empresas de las empresas de multicines Cineplex y Cinemark.

Cabe precisar que la elección de estas resoluciones no pretende representar la tendencia de un criterio determinado del Indecopi, sino analizar y exponer un caso que resulta paradigmático de cara al tema del presente trabajo. Con ello se pretende que lo desarrollado sirva como punto de partida para un posterior análisis y debate respecto a la aplicación e interpretación de la categoría jurídica cuestionada, a efectos de alcanzar una mejor tutela del consumidor en el mercado.

Sección 1: Marco general: el concepto de las cláusulas abusivas y su regulación en el Código de Protección y Defensa del Consumidor

1.1. El concepto de las cláusulas abusivas en el régimen jurídico peruano

Referirse a la figura de las cláusulas abusivas en el marco del Derecho de Protección al Consumidor trae como un presupuesto para su entendimiento ubicarla dentro del contexto del modelo de la contratación estandarizada. Por tanto, como una cuestión preliminar para alcanzar el objetivo propuesto para esta sección del presente trabajo, resulta relevante exponer de manera breve el contexto económico y social que conllevó a la necesidad de pasar de un modelo de contratación individualizada a uno de contratación estandarizada como una alternativa necesaria y eficaz para la adquisición de bienes y servicios, así como los tipos contractuales resultantes de este fenómeno.

La estandarización de los contratos, expresión de la vida económica del siglo XXI, es el resultado del gran proceso de desarrollo económico y social de las últimas décadas. En específico, de la industrialización y la subsecuente evolución del considerable aumento en la producción en masa de bienes y servicios a nivel mundial que permitió las bases para el surgimiento de la gran empresa y el auge del tráfico e intercambio comercial.

Como consecuencia se generó un cambio sustancial de las técnicas tradicionales de contratación, pues el paradigma clásico del contrato se vio superado ante el mayor dinamismo en el mercado, debido a aspectos tales como la reducción de costos y la maximización de beneficios mediante economías a escala. Esta realidad, como refiere Carlos Cárdenas, requirió ineludiblemente de nuevas modalidades acordes a la nueva realidad del tráfico comercial (1996, p. 20).

Así, se fue necesario pasar de la tradicional contratación individualizada a la contratación estándar. Este fenómeno, explica Luis Diez-Picazo, se produjo por la imposibilidad que llegaron a tener las grandes empresas de establecer contratos negociados y particularizados con cada uno de sus eventuales clientes, por lo cual, prosperó un criterio basado en la racionalización y organización empresarial, que explica la necesidad de un contrato sobre la base de condiciones generales de contratación (1979, p. 43).

Sobre el particular, Manuel De la Puente y Lavalle explica la relevancia de un sistema de cláusulas generales de contratación como instrumento para atender las exigencias de un contexto de contratación masiva, para el cual el contrato clásico, resultado de tratos preliminares y negociaciones, resultaba inadecuado. Señala el referido autor que dicho sistema permitió reducir a una mínima expresión la fase de tratativas sin perder en el proceso un margen indispensable de flexibilidad (1996, p. 71).

De conformidad con lo expresado se puede desprender como característica de la contratación estandarizada la ausencia de negociación entre las partes y de discusión respecto al contenido del contrato. En efecto, como precisa Freddy Escobar, en estos contratos únicamente una de las partes se encarga de la tarea de elaborar el contenido, mientras que la otra parte que está dispuesta a contratar podrá decidir hacerlo, pero sin la posibilidad de negociar las condiciones del contrato, por lo que esta última solo podrá aceptar o rechazar las condiciones de la parte que se encargó de confeccionar el contrato (2011, p. 43).

Es así como, partiendo de la tendencia a la estandarización de los contratos, se instauraron nuevas modalidades de contratación, a saber: los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación. Queda claro entonces que entre las características principales de estos contratos se encuentra la ausencia de una etapa de negociación, puesto que la totalidad o la gran mayoría del total de los términos y condiciones se redactaron de forma previa por una de las partes intervinientes, el proveedor, para que la otra parte, el consumidor, limite su intervención a la aceptación o al rechazo del contrato, lo cual en muchas ocasiones puede devenir en contratos que contengan cláusulas desfavorables para la parte de los consumidores.

Ahora bien, sin perjuicio del hecho de que la contratación estandarizada presenta considerables ventajas que la hacen un recurso sumamente útil en el intercambio de bienes y servicios, tales como la reducción de costos y el aumento de la celeridad en la contratación, lo cual explica que hoy en día sea el mecanismo más corriente de contratación, su aplicación ha sido objeto de continuo debate por la posibilidad de la inclusión de cláusulas abusivas, dado que se mantiene una corriente de pensamiento que ha establecido que la atribución que tienen los proveedores para redactar de manera unilateral las condiciones de su contrato para la prestación de bienes o servicios puede ser utilizada para obtener una situación desproporcionadamente favorable respecto a sus derechos y obligaciones, perjudicando en el proceso a los consumidores que deciden contratar con ellos.

Respecto a la figura de las cláusulas abusivas, señala Manuel De la Puente, que son aquellas que alteran el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales en favor del predisponente (1996, p. 202). En esa misma línea, Manuel Torres conceptualiza a este tipo de cláusulas como aquellas estipulaciones que no han sido negociada de manera individual y que resultan, además, contrarias a las exigencias de la buena fe, lo que genera un marcado desbalance entre los derechos y obligaciones en la relación jurídica (2011, p. 65).

Asimismo, en palabras de Carlos Soto, una cláusula abusiva es toda aquella cláusula o condición de contratación que atribuya derechos y facultades exorbitantes a la parte predisponente o que introduzca limitaciones o restricciones a los derechos y facultades de los adherentes. Asimismo, agrega Soto, resultarán abusivas las cláusulas que eliminen o reduzcan las obligaciones y responsabilidades de la parte predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas de la parte adherente, provocando una distorsión o desbalance en lo que corresponde a la relación jurídica establecida por el contrato (2022, p. 237).

Por su parte, respecto a la figura materia de comentario, Juan Espinoza describe a esta como un fenómeno de carácter nocivo ligado a la relación de desventaja socio-económica en que se encuentra la parte adherente, sujeta a los abusos de quienes detentan el poder de hecho para laborar a su antojo el contenido del contrato. Por ese motivo, la intervención pública que tiene por objeto el reprimir abusos de esa naturaleza es en la actualidad constitucionalmente legítima e incluso obligatoria, ya que apunta a proteger la que es considerada una categoría débil n la relación de consumo (1998, p. 153).

De todas estas definiciones señaladas se aprecia que respecto a las cláusulas abusivas se puede establecer que estas refieren a aquellas situaciones en las que se materializan un desequilibrio o desigualdad entre los deberes y obligaciones asumidas por las partes en una relación jurídica y que se producen en razón a la posición dominante de la parte predisponente, la cual al tener la atribución para redactar de manera unilateral los términos y condiciones del contrato, puede concederse mayores derechos o facultades, a la vez que limita o se exonera de sus obligaciones o cargas contractuales, mientras que, por el otro lado, se genera una situación de desventaja para la parte adherente debido al injustificado incremento de sus obligaciones y cargas.

Cabe precisar que el uso del sistema de cláusulas abusivas en el ordenamiento es legítimo, pues en la medida que son expresión de un abuso de la libertad de empresa y una afectación al

derecho de los consumidores, al ser la protección del consumidor un elemento de la regulación positiva y esencial del mercado, en un contexto de economía social de mercado, como se explicará a mayor detalle más adelante, las restricciones que la autoridad pueda ordenar respecto a la libertad de empresa se permiten en la medida que se fundamenten en razón a la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos, siempre que dichas restricciones sean acorde al principio de proporcionalidad. No obstante, para determinar cuándo se amerita declarar una cláusula como abusiva se debe efectuar un análisis de cada caso en particular, ya que, debido a la complejidad que asiste a las relaciones jurídicas en el mercado y su constante evolución, no es posible brindar soluciones *a priori* sobre su aplicación en la generalidad de los escenarios.

1.2. Elementos que configuran una cláusula abusiva

Sobre los elementos configuradores, de la conceptualización desarrollada previamente se pueden desprender, principalmente, cuatro:

- i) No han sido negociadas de manera individual.
- ii) Han sido redactadas de manera previa a la puesta en disposición de la parte adherente.
- iii) La parte adherente no participó en la negociación para efectos de determinar el contenido de las cláusulas del contrato.
- iv) El contenido del contrato constituye una infracción a las exigencias de la buena fe.

Respecto al primer elemento, cabe mencionar que al recaer los supuestos de cláusulas abusivas siempre en contratos de adhesión o de cláusulas generales de contratación que son expresión de la contratación estándar, la fase de negociación para determinar el contenido de las condiciones y términos del contrato ha sido suprimida, por tanto, es el predisponente quien se encarga únicamente de lo concerniente a la estipulación del contenido del contrato.

Por el segundo elemento configurador se entiende que para que para el propósito de calificar a una cláusula como abusiva será necesario que esta haya sido necesariamente redactada en un momento anterior a la entrega del contrato a la parte adherente. En otras palabras, no podrá determinarse la abusividad de una cláusula que se haya redactado con posterioridad a la puesta a disposición de la parte adherente.

Respecto al tercer elemento, para considerar una cláusula como abusiva, también será indispensable acreditar que solo la parte predisponente participó en la elaboración de alguna o algunas de las cláusulas específicas que componen el contrato. Por lo cual, se descartan para efectos del examen de abusividad aquellas cláusulas que se hayan redactado con la contribución de la parte adherente de la relación jurídica.

Finalmente, el último y cuarto elemento configurador demanda que la estipulación unilateral, redactada de manera previa antes de ser puesta a disposición del adherente y en cuya redacción no participó el mismo debe ser contraria a la buena fe. Esto es, que su inclusión en el contrato tenga por efecto esperado generar una afectación al consumidor o un beneficio del predisponente relevante en lo que respecta a los derechos y obligaciones asumidas en virtud de la relación de jurídica.

1.3. Las cláusulas abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor

En el escenario descrito, en el que se desplaza al contrato tradicionalmente paritario para dar lugar a la contratación masiva, célere y despersonalizada, se instaura en el ordenamiento jurídico una regulación que tutela y controla los supuestos de cláusulas abusivas que pudiesen configurarse en una relación jurídica de consumo.

En concreto, dentro del marco normativo del Código de Consumo, se establece en su artículo 49ª la definición de lo que se considera una cláusula abusiva, como aquella que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloca al consumidor en una situación de desventaja o desigualdad, o anula sus derechos en el marco de un contrato por adhesión o en aplicación de las cláusulas generales de contratación que no han sido aprobadas administrativamente.

Ahora bien, en el sistema de protección y control previsto para las cláusulas abusivas en el Código se ha optado por un sistema de carácter mixto, a través del cual se diferencian dos tipos de cláusulas abusivas según las causales previstas en los artículos 50º y 51º.

Por un lado, el artículo 50º comprende a las cláusulas abusivas denominadas de ineficacia absoluta, las cuales están conformadas por una lista *numerus clausus* de siete supuestos. Por su parte, el artículo 51º comprende a las cláusulas abusivas de ineficacia relativa, las cuales, a diferencia de la primera, se encuentran compuestas por un listado ejemplificativo de supuestos.

Es decir, respecto de estas últimas, la autoridad competente podrá establecer cláusulas abusivas similares o cercanas a las previstas en el artículo 50°.

Sección 2: El contenido de la libertad de empresa en el marco de una economía social de mercado

2.1. El régimen económico constitucional y la libertad de empresa

En esta parte del estudio se analiza el contenido esencial de la libertad de empresa y los límites previstos para la misma en el régimen constitucional económico en el cual se encuentra adscrito el Perú. Para estos efectos, es importante desarrollar el marco jurídico central y determinante para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o dicho de otra manera, el régimen constitucional en el que se desenvuelve el proceso económico del país.

La Constitución Política del Perú de 1993 reconoce el ejercicio de la libertad de empresa en un marco determinado. La Constitución consagra como la forma de organización político-económica el modelo de economía social de mercado. El referido modelo, establecido de manera expresa en el artículo 58° de la Constitución, representa el eje de la actividad económica, al hacer referencia a un precepto que condiciona la intervención del Estado en el orden económico.

El término economía social de mercado alude a un modelo en el cual se admite, como señalan Kresalja y Ochoa, una complementariedad entre un sistema que reconoce y protege las libertades económicas individuales y un sistema que admite, bajo determinadas circunstancias, intervenciones del Estado en razón a una función social intrínseca del mismo (2009, p. 54). Como es posible observar, y en línea a lo sostenido por César Landa, el objetivo en un régimen de economía social de mercado es articular dos principios que se encuentran aparentemente en posiciones opuestas: está por un lado, el de libertad individual junto a la subsidiariedad del Estado, y por otro, el de igualdad y solidaridad social (2007, p. 34).

En ese sentido, es posible afirmar que la Constitución peruana, adscrita a un contexto de Estado social y democrático de derecho, coincide con un sistema de organización social y económica que se caracteriza principalmente por consagrar las libertades económicas e individuales y que, además, legitima la posible intervención del Estado a fin de lograr objetivos sociales. De forma que se puede interpretar que este modelo opera sobre la base de los dos principios referidos, en

tanto que este régimen tiene por objeto alcanzar tanto un estado de bienestar social, así como un mercado eficiente, libre y competitivo que estimule la generación de riqueza.

Por consiguiente, de lo desarrollado hasta este punto, se concluye que el modelo económico referido es aquel consignado en la constitución que refiere a aquel sistema en el que se desenvuelve la actividad económica que se ejerce en el país, y que establece los siguientes elementos característicos en su función, a saber: promueve el libre mercado, la actividad económica privada, y busca alcanzar diversos objetivos sociales.

Por ello, la definición del Estado peruano como estado en un régimen de economía social de mercado implica añadir a sus funciones de orden económico, además de salvaguardar las libertades económicas, crear condiciones de bienestar social.

Habiendo establecido las características determinantes del sistema constitucional económico en el que se posiciona la libertad de empresa, el propósito de cuanto sigue en los siguientes apartados se avocará en determinar el contenido de la libertad de empresa y los límites que se han establecido para el ejercicio de la misma.

2.2. El contenido esencial de la libertad de empresa

Determinado el ámbito en el que se desarrolla la libertad de empresa, labor que demanda el entendimiento del concepto de economía social de mercado, es requerido reconocer a la empresa, para efectos del presente trabajo, como aquella organización que es compuesta por personas, sean estas personas físicas o jurídicas, y que dispone de un determinado capital para llevar a cabo una actividad comercial que ofrece en el mercado (Martínez, 2015, p. 85).

En esa medida, la empresa como base del desarrollo del derecho analizado en este apartado del estudio, como refiere Karla Martínez, alude tanto a toda asociación económica contemplada en el derecho privado como a cualquier otra forma de actividad comercial de la que se desprenda un interés de concurrir en el mercado ofertando un bien o servicio (2015, p. 87).

De la misma manera, en esta aproximación conceptual debe precisarse que la libertad a la que se hace referencia en relación a la libertad de empresa en esta investigación, corresponde a aquella facultad en la esfera de la autonomía de la empresa que le permite decidir sobre diversos aspectos de su actividad comercial con la que concurre en el mercado.

A consideración de lo señalado, la libertad de empresa puede entenderse como un mecanismo a través del cual el empresario, sea persona natural o jurídica, busca satisfacer sus necesidades a través de la actividad empresarial.

El artículo 59° de la Constitución consagra como derecho fundamental la libertad de empresa. Respecto a esta, refiere Ochoa citando a Soriano, que esta se compone de un doble carácter, determinado, en primer término, por la libertad de empresa como derecho subjetivo, lo cual le otorga al individuo un estatus jurídico de inherente libertad; en segundo término, la libertad de empresa se comprende como un elemento central y esencial del ordenamiento que regula el marco de convivencia humana en la actividad económica (2011, p. 119).

En esa línea, Antonio Cindocha postula que la libertad de empresa está conformada, de un lado, por la facultad conferida a los titulares del derecho de llevar a cabo una actividad económica y decidir respecto a diversos aspectos de la misma; por otro lado, por la abstención de los poderes públicos de intervenir en el ejercicio de dicho derecho (2004, p. 277).

En efecto, la libertad de empresa se debe considerar desde una doble configuración, es decir, a partir de una aproximación a la libertad de empresa como derecho subjetivo, así como a partir de una aproximación al mismo como derecho objetivo. Respecto al primero, entendido como aquel ámbito del poder del individuo, que este ejerce en interés particular y que responde a un interés digno de tutela (Cindocha, p. 239). Esto es, aplicado a la libertad de empresa, aquel ámbito de poder reconocido constitucionalmente de decidir respecto a diversos aspectos de la actividad económica del individuo.

Respecto a la aproximación desde la perspectiva del derecho subjetivo, se cataloga a la libertad de empresa como un derecho de carácter fundamental, es decir, aquel que describe el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidas y garantizadas por el ordenamiento legal (Pérez, 2004, p. 47). Por lo que la libertad de empresa, desde esta perspectiva, será aquel mandato de optimización que obliga al Estado a salvaguardar el desarrollo de las actividades económicas de los particulares.

En la doctrina nacional, Marcial Rubio (1999, p. 227) ha definido a la libertad de empresa desde la perspectiva de un derecho fundamental como aquella posibilidad de conducir libremente la actividad empresarial dentro de los márgenes establecidos constitucional y legalmente.

Ahora bien, en lo que concierne al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, se advierten opiniones de diversos autores sobre el concepto de lo que se entiende como contenido esencial. La doctrina ha categorizado esta discusión desde la perspectiva de dos teorías: la teoría relativa y la teoría absoluta. Los autores que se posicionan en la teoría absoluta, refiere Viera, sostienen que el contenido esencial se determina en base a la existencia de un núcleo irreductible de un derecho, el cual no puede ser limitado bajo el riesgo de despojar de contenido al mismo derecho (2010, p. 204). Agrega el precitado autor que otros autores postulan la existencia de un núcleo y una parte accesoria del derecho, siendo posible la legítima limitación solo respecto de esta última parte (2010, p. 204).

En el lado de la otra teoría, los autores sostienen que es posible que opere una limitación sobre el derecho si se ha producido una justificación razonable para ello. Bajo esa perspectiva, siguiendo a Kresalja y Ochoa, se desconocerá el contenido esencial solamente cuando el derecho quede sometido a limitaciones que lo terminen haciendo impracticable. Es decir, que lo terminen dificultando más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección (2009, p. 250).

No obstante, como señalan Paz-Ares y Alfaro, incluso de este modo no se asegura se mantenga el contenido esencial del derecho, dado que siempre puede presentarse una razón que legitime al legislador para no respetar incluso ese ámbito que quedó luego de la delimitación (2002, p. 394).

Si bien ambas teorías presentan sus propios aciertos e inconvenientes, la postura que resulta más realista y práctica parece ser la de la teoría relativa, ya que ningún derecho es absoluto y ante posibles conflictos de normas constitucionales, el Estado debe arbitrar las soluciones y dilucidar la prevalencia de uno respecto a otro, efectuando la limitación de alguno de los preceptos involucrados siempre que se tenga una motivación razonable.

Por tanto, aunque se reconoce la existencia un contenido esencial del derecho a la libertad de empresa y otros derechos consagrados en la Constitución, se debe reconocer también el carácter potencialmente limitable que recae sobre los mismos. De modo que se pueden imponer limitaciones legítimas incluso sobre la totalidad de un derecho, pero el contenido esencial ofrece un parámetro para discernir si se ha restringido el contenido constitucionalmente protegido del mismo.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha enfrentado la tarea de definir el contenido esencial de la libertad de empresa. Es así que en el Expediente N° 0001-2005-PI/TC estableció que el referido contenido esencial se encontraba determinado por cuatro manifestaciones que componen su ámbito de protección. Estas son las siguientes: i) la libertad de crear una empresa y acceder al mercado; ii) la libertad de organización; iii) la libertad de competencia; y, iv) la libertad de cesar la actividad y retirarse del mercado.

Al respecto, se aprecia que las libertades que integran el contenido esencial de la libertad de empresa coinciden en parte con la tipificación clásica presentada por Fritz Ossenbühl, estas son: i) la libertad de emprender; ii) la libertad de organización empresarial; y iii) la libertad de actividad en el mercado (Alvear, Barrientos y Alcalde, 2022, p. 88).

Las facultades que integran cada uno de estos ámbitos del esquema de análisis elaborado por el Tribunal Constitucional configuran su contenido esencial. En esa medida, los límites que se presenten sobre el mismo, deben respetar la identidad de estas manifestaciones.

2.3. Límites al ejercicio de la libertad de empresa

Cuanto se ha expuesto hasta esta parte del estudio en relación a la libertad de empresa y su contenido esencial debe entenderse complementándose con los límites del referido derecho, en tanto y por cuanto, como todo derecho fundamental, el ejercicio de la libertad de empresa, como ya se ha expresado, no es ilimitado. Lo que quiere decir que podrá ser restringido legítimamente, bajo ciertas circunstancias.

Sobre sus límites, el precepto constitucional que contiene la libertad de empresa introduce límites que determinan y delimitan el ámbito de ejercicio de la libertad de empresa. Concretamente cuando refiere a que “el ejercicio de estas libertades no debe ser lesiva a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”.

Por este motivo, claro está que, tratándose de la libertad de empresa, como todo derecho fundamental, su ejercicio está sujeto a límites. Estos límites pueden estar consignados de manera expresa en la misma disposición constitucional, pero también pueden desplegarse por razones basadas en la defensa del interés general o en la salvaguarda de otros derechos fundamentales. Ello en la medida en que este derecho fundamental en el Perú se ejerce en el contexto de una economía social de mercado. De lo que se deduce que, para determinar los

alcances de la libertad de empresa, este derecho debe interpretarse siempre de manera sistemática con otros preceptos constitucionales.

Sección 3: Análisis de pronunciamientos relevantes del Indecopi en materia de cláusulas abusivas. El modelo de negocio frente al derecho de los consumidores

En esta tercera sección se desarrollará el tema del presente trabajo de investigación a partir de un enfoque de análisis de pronunciamientos de la autoridad de consumo a nivel nacional, el Indecopi.

Cabe precisar que si bien los pronunciamientos materia de estudio no constituyen una muestra representativa del criterio de la totalidad de resoluciones emitidas por la autoridad competente en materia de consumo, estos permiten una perspectiva objetiva del riesgo concreto de que las decisiones del Indecopi en materia de la aplicación de la figura de las cláusulas abusivas pueden generar situaciones que tengan como resultado la grave afectación a la libertad de empresa que asiste a los particulares en el marco de una economía social de mercado.

En ese sentido, el propósito de este análisis no es cuantificar una tendencia de la entidad mediante la valoración de las resoluciones seleccionadas, sino establecer una perspectiva sobre el tema materia de estudio que permita identificar posibles escenarios en los que la interpretación normativa y la ponderación realizadas por la autoridad administrativa resulte siendo más perjudicial que la situación que busca restablecer.

Teniendo presente la consideración señalada, a continuación se llevará a cabo el análisis de resoluciones que resultan ilustrativas respecto a la inadecuada aplicación de las cláusulas abusivas en relación a la libertad de empresa.

3.1. Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI y Resolución N° 0243-2018/SPC-INDECOPI

En febrero de 2018 la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi emitió dos resoluciones que causaron una considerable polémica por su decisión de permitir el ingreso libre de alimentos y/o bebidas a las salas de cine de dos conocidas cadenas de multicines a nivel nacional: Cineplanet y Cinemark.

La Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI y la Resolución N° 0243-2018/SPC-INDECOPI (aplicables a Cineplex y a Cinemark, respectivamente) se emitieron en el marco de los procedimientos iniciados a razón de las denuncias interpuestas en 2017 por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (en adelante, Aspec), en la que esta atribuía a las empresas Cineplex S.A. y Cinemark del Perú S.R.L. los siguientes hechos: i) el precio de las bebidas y alimentos por parte de las empresas de cine superaban hasta cinco veces su precio regular en el mercado; ii) Cineplanet y Cinemark restringían el derecho a la libre elección de los consumidores al prohibir el ingreso de alimentos y/o bebidas; iii) las empresas de multicines no cumplían con justificar dicha prohibición; y, iv) Cineplex y Cinemark no disponían de una oferta de alimentos saludables para los consumidores.

En el marco del procedimiento la defensa de las empresas se basó, principalmente, en los derechos constitucionalmente reconocidos a la libertad de empresa, libertad de contratación y libre iniciativa privada, no obstante, en ambas resoluciones, la decisión en mayoría del Indecopi en segunda y última instancia administrativa fue declarar como una cláusula abusiva de ineficacia absoluta la restricción impuesta por las empresas de multicines, la cual establecía la prohibición del ingreso de productos alimenticios adquiridos en otros establecimientos comerciales, de conformidad a lo establecido en el inciso e) del artículo 50° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto, como sostiene el colegiado, no se acreditó que dicha restricción haya estado sustentada en la existencia de factores objetivos.

En lo que concierne a las medidas correctivas, en las resoluciones se ordenó que las empresas se abstuviesen de aplicar dicha cláusula que el tribunal del Indecopi consideró como abusiva, afectando así de manera irrazonable y desproporcional la libertad de empresa de las cadenas de cine en su vertiente de libertad de organización, por los motivos que se explicarán a continuación.

De acuerdo a las resoluciones analizadas, las empresas de proyección de películas obligaban a los consumidores con su prohibición a adquirir productos a precios elevados dentro de su establecimiento, lo cual constituía una vulneración al derecho a la elección libre de los consumidores, previsto en el inciso f) del numeral 1.1 del artículo 1° del Código.

No obstante, dicha conclusión fue equivocada en tanto no se valoró el contexto en el cual las contrataciones se celebraron, las características del modelo de negocio y la proporcionalidad de la decisión. Lo dicho se sustenta, en primer lugar, en el hecho de que el presunto consumidor

cautivo no es tal, dado que el consumidor tuvo a su disposición antes de celebrar la relación de consumo con las empresas de multicines la información necesaria y suficiente respecto a la restricción del ingreso de alimentos. Por lo que, en consecuencia, tuvo todo el tiempo la posibilidad de decidir si, no obstante, dicha restricción, acudía a ver la película en los establecimientos comerciales de Cineplanet o Cinemark, o no.

En segundo lugar, el Indecopi llevó a cabo un análisis insuficiente de la actividad de las empresas, pues para efectos de determinar la actividad económica principal de la empresa únicamente se remitió a lo registrado en la ficha R.U.C. de ambas empresas, determinando de esta manera que solo la proyección de películas constituía el servicio principal de las empresas, excluyendo la venta de alimentos y bebidas pese a su capital importancia en el modelo de negocio de los mercados de cine.

Lo señalado resulta importante por cuanto haber considerado a la venta de alimentos como un giro de negocio secundario y complementario fue determinante para que, en un escenario de conflicto entre el derecho a la libre elección de los consumidores y la libertad de empresa, como consideró la autoridad de consumo, el Indecopi se inclinara por salvaguardar el primero.

Sin embargo, el solo análisis de la ficha R.U.C. no reflejó la realidad comercial de las empresas. En efecto, si se analiza la Memoria Anual de Cineplex se advierte que, al cierre del año 2017, la venta de alimentos constituía para esta empresa aproximadamente el 40% de los ingresos totales. En ese sentido, como señalan Olano y Segovia, la Sala subestimó la actividad de venta de alimentos de los cines, negando el hecho de que, a día de hoy, esta es una actividad de igual importancia que la venta de taquilla (2020, p. 217).

A lo señalado se le suman el riesgo inherente a la industria y el hecho de que las empresas de proyección de películas obtienen mayores márgenes de ganancia respecto de la venta en confitería que de la venta de taquilla, pues si bien esta última representa un rubro mayor, lo recaudado es distribuido con las empresas productoras y distribuidoras. Mientras que lo recaudado por la venta de alimentos es exclusivamente una ganancia del cine.

Con lo señalado se evidencia que se afectó la libertad de empresa de Cineplex y Cinemark, pues lo ordenado por el Indecopi afecta directamente aquella prerrogativa de las empresas a configurar el modelo de negocio que mejor se adapte a sus necesidades y el mercado. El modelo de negocio, como describen Salas y Almanza siguiendo a Osterwalder y Pigneur, es la base

sobre la que una empresa decide crear, proporcionar y generar valor, decisiones mediante las cuales decide emprender la operación de su organización (2021, p. 206).

En este caso en específico, dicha afectación se aprecia en la barrera impuesta por la autoridad para que las empresas de cine obtengan utilidades a través del monopolio de la venta de alimentos y bebidas, decisión que se sustenta, además, en la equivocada premisa del consumidor cautivo obligado a comprar alimentos y bebidas a las empresas referidas.

De tal manera, la decisión termina afectando sin fundamento a la estructura de costos que rige en el modelo de negocio de Cineplanet y Cinemark, ya que dificultan la realización de una de las actividades principales de dichas empresas. La estructura de costos de empresas de este rubro, acorde al estudio realizado por Wesley Hartmann y Richard Gil en 2009, está determinada por la correlación entre la asistencia irregular a las salas de cine y la venta de alimentos, por lo cual la venta conjunta de entradas y alimentos por parte de las empresas de cine se ampara en la necesidad de hacer la actividad rentable.

En tercer lugar, se advierte que si bien para las resoluciones emitidas por el Indecopi no resulta estrictamente imperativo usar el test de proporcionalidad en todos los casos, como autoridad administrativa que resuelve una materia que determinará efectos significativos en el mercado que involucran a derechos constitucionales, en este caso en particular una ponderación era necesaria a efectos de evitar medidas desproporcionales, tal y como sucedió en las resoluciones materia de análisis.

Conclusiones

- La estandarización en la contratación de bienes y servicios en el mercado fue el resultado del proceso de evolución industrial y del considerable incremento del flujo del comercio y el desarrollo de las economías a escala. En ese sentido, ante la comercialización masificada de bienes y servicios, se entiende a este fenómeno como una adaptación necesaria ante una realidad comercial caracterizada por la celeridad y el dinamismo. Por lo cual, la contratación estandarizada se creó como una herramienta imprescindible para aquellas transacciones en las cuales el contrato en su concepción clásica, entendido como aquel en el cual se requiere la comparecencia de dos o más partes que se encuentren en un plano de igualdad, no daba abasto.
- Con este nuevo sistema de contratación surgieron nuevos tipos contractuales cuyo rasgo principal fue la ausencia de negociación y celeridad. Estos son, a saber: los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación.
- Si bien dicho modelo de negociación trajo consigo significativas ventajas frente al modelo de contratación tradicional, la posición de la parte predisponente como aquella que redacta de manera unilateral los términos del contrato generó un escenario en los que la inclusión de cláusulas que asignaban derechos o deberes desproporcionales y perjudiciales para su contraparte, que solo podía limitarse a aceptar o rechazar los contratos. Es decir, se configura lo que se denomina como una cláusula abusiva.
- La cláusula abusiva es una categoría por la que se entiende que mediante una condición o disposición del contrato por adhesión o cláusula general de contratación se ha producido una desproporción en cuanto a la paridad de las obligaciones y derechos de las partes, ello en favor de la parte que se encargó de la confección del contrato, el predisponente.
- Se identifican como elementos configuradores de las cláusulas abusivas los siguientes: i) no han sido negociadas individualmente; ii) son redactadas de manera previa a la puesta en disposición de la parte adherente; iii) la parte adherente no participó en la negociación que determina el contenido de las cláusulas del contrato; y, iv) el contenido del contrato constituye una infracción a las exigencias de la buena fe.

- En el ordenamiento peruano, el Código de Consumo regula a la figura de las cláusulas abusivas en el artículo 49°, estableciendo en el mismo la definición y características de una cláusula abusiva. Asimismo, el Código establece un sistema mixto de esta figura, diferenciándolas según la gravedad de la afectación como cláusulas de ineficacia absoluta y de ineficacia relativa, previstas en los artículos 50° y 51°, respectivamente.
- El régimen económico constitucional es el marco en el cual se desenvuelve la actividad económica del país. La Constitución Política del Perú de 1993 adoptó un modelo de economía social de mercado el cual está previsto en su artículo 58° como el régimen económico imperante y vigente que comprende un sistema basado en políticas liberales de economía de mercado y, a la vez, uno que persigue fines sociales.
- La libertad de empresa se entiende desde una perspectiva dual: subjetiva y objetiva. La libertad de empresa como derecho subjetivo comprende a aquella prerrogativa conferida que faculta al titular del derecho de realizar actividad económica y la posibilidad de determinar ciertos aspectos de esta según su libre iniciativa. Por su lado, como derecho objetivo, la libertad de empresa se concibe como un derecho fundamental el cual está conformando por un conjunto de preceptos que marcan la pauta del proceso económico en general y las garantías inherentes.
- El contenido esencial de la libertad de empresa se encuentra configurado por cuatro manifestaciones de dicha libertad: i) la libertad de acceder al mercado; ii) la libertad de organización y autodeterminación; iii) la libertad de competencia; y iv) finalmente, la libertad de cesar las actividades económicas.
- Respecto del contenido esencial de la libertad de empresa, las fuentes doctrinales sostienen dos principales teorías, pero para efectos del presente trabajo se optó por la teoría relativa, la cual admite la restricción al derecho a la libertad de empresa. Esta se considera como más adecuada que la teoría absoluta, que propugna un núcleo irreductible que no puede ser restringido.

- La libertad de empresa, como todo derecho en el ordenamiento jurídico, no carece de límites. En ese sentido, los límites que se establecieron para la aplicación a la libertad de empresa en el ordenamiento económico peruano, como no podría ser de otra manera, corresponden respecto al salvaguardo de otros derechos de orden constitucional.
- A consideración del análisis de las resoluciones N° 0219-2018/SPC-INDECOPI y N° 0243-2018/SPC-INDECOPI, se evidencia que la decisión del Indecopi en las resoluciones analizadas afectó gravemente la libertad de empresa de Cineplex y Cinemark, en concreto en lo que refiere a la facultad de determinar sus organizaciones y el desarrollo de su actividad económica, toda vez que al haber restringido la prohibición de ingresar con alimentos y/o bebidas adquiridas en comercios distintos a los titulares de los establecimiento de proyección de películas, lo que se hizo fue restringir un modelo de negocio elaborado por la necesidad de las empresas en función a las características del mercado en el que se desenvuelven y en factores económicos.
- Se advierte también que dicha decisión no se encuentra debidamente justificada, pues parte de dos premisas equivocadas. Primero, respecto a que los consumidores vieron afectado su derecho a la libre elección, previsto en el inciso f) del numeral 1.1 del artículo 1° del Código, lo que no sería cierto, en tanto la información de la restricción estuvo al alcance de los consumidores de manera previa a la celebración del contrato de adhesión, mediante carteles en el establecimiento comercial o anuncios en la página web de las empresas. Además, también es de considerarse que esta prohibición ha sido de conocimiento público durante años. La segunda premisa equivocada fue considerar que la venta de alimentos y bebidas no constituía una actividad principal y relevante de las empresas de cine, cuando de una evaluación del mercado y la Memoria Anual de Cineplex se evidencia que representa un porcentaje significativo y que, en la estructura de costos de las empresas, permite hacer a la actividad conjunta rentable. Por consiguiente, pese a lo considerado por la autoridad, sí existe una justificación objetiva de la prohibición.
- Si bien la validez y utilidad de la aplicación de las cláusulas abusivas en muchos casos es incuestionable, la autoridad debe evaluar adecuadamente cuando se amerita su uso,

tomando en cuenta los límites del derecho a la libertad de empresa y los límites de la propia autoridad respecto a su función dentro de los márgenes de una economía social de mercado. Esto resulta más relevante cuando se aprecia que no se efectuó en las resoluciones una ponderación entre el derecho a la libertad de elección de los consumidores y la libertad de empresa de los proveedores.



Bibliografía

1. Alvear, J., Barrientos, F., y Alcalde, J. (2022). El abuso de la libertad de empresa en los contratos por adhesión: un nuevo enfoque para el análisis de las cláusulas abusivas. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. XXXV, N° 1, p. 79-201.
<http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/6446>
2. Cárdenas C. (1996). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. *IUS ET VERITAS*, 7(13), 19-35.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15555>
3. Cindocho, A. (2004). La libertad de empresa en el marco de la economía social de mercado: el artículo 38 de la Constitución española [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid].
4. De la Puente, M. (1996). El contrato en general. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XI, Primera parte, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
5. Díez-Picazo, L. (1979). Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado. Civitas, Madrid, 1979.
6. Escobar, E. (2011). Entendiendo el mercado: la contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa. *Advocatus*, (024), 139-158. <https://doi.org/10.26439/advocatus2011.n024.3178>
7. Espinoza J. (1998). La 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>
8. Gil, R., & Hartmann, W. (2008). Why Does Popcorn Cost So Much at the Movies?: An Empirical Analysis of Metering Price Discrimination. Graduate School of Business, Stanford University, pag.1-28.
<https://economics.yale.edu/sites/default/files/files/Workshops-Seminars/Industrial-Organization/gil-080228.pdf>
9. Kresalja, B., Ochoa, C. (2009). Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
10. Landa, C. (2007). Principios Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el Marco de la Constitución Económica de 1993. *Revista De Derecho Administrativo*, (3), p. 29-46.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16314>

11. Martínez, K. (2015). Límites al ejercicio de la libertad de empresa [Tesis doctoral, Universidad D'Alacant]. Repositorio institucional de la Universidad.
<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/54467>
12. Ochoa, C. (2011). Jurisprudencia Constitucional Económica. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.
13. Paz-Ares, C., Alfaro, J. (2002). Un ensayo sobre la libertad de empresa. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo, Vol. 4, p. 5971-6040. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=831442>
14. Pérez, A. (2004). Los Derechos Fundamentales, Tecnos, Madrid, 2004.
15. Rubio, M. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 3. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/68>
16. Salas, A., & Almanza, D. (2021). Derechos del consumidor y libertad de empresa: Las controvertidas resoluciones del Organismo peruano protector de los derechos de los consumidores respecto al caso Cinemark – Cineplex Consumer. Economic Analysis of Law Review, Vol.12 Núm. 1, p. 191-215.
<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/12825>
17. Segovia, E., & 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), p. 113-133.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22438>
18. Soto, C. (2002). “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”. Contratación privada. Editorial Jurista, Lima.
19. Torres, M. (2011). Cláusulas Abusivas en el Nuevo Código de Defensa y Protección al Consumidor (Primera Ed; G. Jurídica, Ed.). Lima.
20. Viera, C. (2010). La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, N° 21, p. 197-224.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3638993>