

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



**Informe de la Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI
y N° 0467-2018/SPC-INDECOPI**

**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de
Abogada que presenta:**

Alejandra Francesca Torriani Cordova

ASESOR:

Rodrigo Delgado Capcha


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, Delgado Capcha, Rodrigo, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe de la Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI y N° 0467-2018/SPC-INDECOPI", del autor(a) TORRIANI CORDOVA, ALEJANDRA FRANCESCA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 03/06/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 04 de junio del 2024

<u>Delgado Capcha, Rodrigo</u>	
<u>DNI: 43643727</u>	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8924-7699	

RESUMEN

Mediante el presente informe, se lleva a cabo el análisis del tan sonado caso de Aspec vs. Cineplex, en donde la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) determinó que prohibir a los consumidores el ingreso de alimentos comprados fuera de los cines, era una cláusula abusiva de ineficacia absoluta. Según lo desarrollado por la Sala, la prohibición infringía el artículo 50° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, pues presuntamente vulneraba el derecho a optar libremente de los consumidores. La medida correctiva aplicada en este caso, fue dejar de aplicar dicha restricción, permitiendo a los consumidores acudir a los recintos de los cines e ingresar alimentos comprados fuera, si bien se trató de una decisión beneficiosa para los consumidores, la misma resultaba jurídicamente insostenible. La Sala dejó de lado pronunciamientos previos en donde se establecían criterios para analizar correctamente la presencia de cláusulas abusivas, y determinó que existía un desequilibrio entre las partes en base a términos económicos. Por otro lado, la resolución final evidenció que la Secretaría Técnica enfrentaba problemas al momento de imputar los tipos infractores en casos relacionados a cláusulas abusivas, incumpliendo el deber de encauzamiento de la autoridad contenido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Palabras clave

Cineplex, Aspec, derecho a la libre elección, cláusulas abusivas, deber de encauzamiento, contrato de adhesión.

ABSTRACT

This investigation carries out the research of the much talked about case of Aspec vs. Cineplex, in which the Specialized Chamber for Consumer Protection determined that prohibiting consumers from entering food purchased outside theaters was an abusive clause of absolute ineffectiveness. The banning violated the article 50 of the Consumer Protection and Defense Code, since it violated the right to choose freely of consumers. The corrective measure that was applied to this case was to stop applying the restriction, now consumers could go to movie theaters and bring food bought outside, although it is a beneficial decision for consumers, but this decision is legally unsustainable. The Chamber set aside previous pronouncements where criteria was established to correctly analyze the presence of unfair terms, and determined that there was an imbalance between the parties based on economic terms. On the other hand, the final resolution evidenced that the Technical Secretariat of the Consumer Protection Commission faces problems at the moment of imputing the infringing types in cases related to abusive clauses, breaching the duty of channeling the authority contained in the Consolidated Text of Law No. 27444, Law of General Administrative Procedure.

Keywords

Cineplex, Aspec, right to freedom of choice, abusive clauses, Duty of Channelling, Accession contract.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución	5
1.2 Presentación del caso y análisis	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	8
2.1 Antecedentes	8
2.2 Hechos relevantes del caso	9
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	13
3.1 Problemas principales y secundarios	13
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	14
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	14
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	17
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	20
1. ¿Es correcta la nulidad parcial aplicada por la Sala a la Resolución N° 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución N° 850-2017/CC2?	20
1.1 ¿Cuál es el contenido del acto administrativo que inicia el procedimiento sancionador?	20
1.2 ¿En qué consiste el deber de encauzar de oficio el procedimiento?	24
1.3 ¿La imputación sobre una presunta infracción de los artículos 18°, 19°, 40° y 58°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor era pertinente?	29
2. ¿La restricción del ingreso de alimentos que hubieran sido comprados fuera del establecimiento de Cineplex constituye una cláusula abusiva?	36
2.1. ¿Qué son las cláusulas abusivas en los contratos de consumo?	36
2.1.1 ¿Cómo se relacionan los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas?	36
2.1.2 ¿Cuáles son los tipos de cláusulas abusivas?	39
2.1.3 ¿Cómo determina el Indecopi que se trata de una cláusula abusiva de ineficacia absoluta?	40
2.2 ¿Limita los derechos de los consumidores la restricción del ingreso de alimentos?	43
2.2.1 ¿Qué implica el derecho a la libre elección de los consumidores?	43
2.2.2. ¿Cuál es el modelo de negocio de Cineplex?	44
2.2.3 ¿Cineplex restringe el derecho a la libre elección de los consumidores?	48
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	54
VII. BIBLIOGRAFÍA	55
Doctrina	55
Documentos oficiales	57
Legislación	58

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Expediente N° 148-2017/CC2 (Resolución N° 0219-2018/SPC y Resolución N° 0467-2018/SPC)
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho de protección al consumidor, contrato de consumo
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución N° 0078-2012/SC2, Resolución N° 850-2017/CC2, Resolución N° 3152-2018/SPC
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – ASPEC
DEMANDADO/DENUNCIADO	CINEPLEX S.A.
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal de Defensa de la Competencia - Sala Especializada en Protección al Consumidor (Segunda instancia)
TERCEROS	-
OTROS	-

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

Para justificar la decisión de la elección de las presentes resoluciones, es difícil no mencionar lo comentado que fue el caso en el momento en que se emitió. La medida emitida por Indecopi, de que Cineplex se abstenga de aplicar el impedimento de la entrada a sus salas de cine con productos que fueran comprados a las afueras de sus establecimientos, fue una decisión bastante comentada y debatida mediáticamente. Se alegó que dicha restricción constituía una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, ya que vulneraba, presuntamente, el derecho a seleccionar con libertad entre productos y servicios idóneos y de calidad de los consumidores. Desde la perspectiva del consumidor, que se deje de aplicar la medida de prohibir ingresar alimentos que no fueran comprados en los establecimientos de Cineplex, fue una noticia recibida gratamente por una gran mayoría. Tener la posibilidad de ir al cine ingresando alimentos que posiblemente pudieran ser adquiridos a un menor precio, le permitía a los consumidores ahorrar mientras seguían disfrutando de obras cinematográficas.

Sin embargo, pese a que fue una decisión celebrada mayoritariamente, no podemos dejar de lado que también existieron opiniones contrarias a la Resolución N°0219-2018/SPC por razones debidamente justificadas. Así, es cuestionable que se haya determinado que dicha restricción constituye una cláusula abusiva, pues se efectuó un análisis erróneo de la restricción, ya que la autoridad no aplicó correctamente los criterios para verificar si efectivamente constituía una cláusula abusiva, en tanto no se afectó ningún derecho de los consumidores con su aplicación.

Seguidamente, se critica que la decisión de la autoridad – al haber realizado un erróneo análisis y revisión de lo que constituía una cláusula abusiva - con las medidas correctivas que ordenaron, afectó el derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa de Cineplex, cuyo fundamento normativo podemos encontrarlo en el artículo 59° de la Constitución Política de 1993. Esto, ya que el tipo de negocio de Cineplex no se compone en exclusiva a la proyección de

filmes, también es una actividad fundamental del tipo de negocio Cineplex, vender productos alimenticios en sus establecimientos.

Como se evidencia, existe una gama de derechos y libertades, tanto del consumidor como del proveedor, que están en debate en el presente caso, lo cual hace enriquecedor continuar analizando y opinando sobre el mismo. En esa misma línea, debemos recordar que esta contraposición de derechos, se da en una actividad cotidiana, frecuente, por lo que no es ajena ni lejana de la mayoría, lo que hace más relevante el debate, al ser una actividad del día con día, que es ir al cine.

De acuerdo con el Ministerio de Cultura, aproximadamente el 33.1% de la población peruana - lo cual representa 8.3 millones de personas - fue al menos una vez al cine en el 2019, y durante el mismo, 2.8 millones de personas asistieron al cine mensualmente (2021, pp. 30). Asimismo, según lo indicado en la investigación del Ministerio de Cultura, la asistencia al cine se ha incrementado en 2.3% entre el 2016 y 2019 (2021, pp. 30). Esto demuestra que ir al cine es una actividad recreativa recurrente, cotidiana y con tendencia a seguir incrementando, por lo que es importante continuar debatiendo sobre la controversia: determinar si efectivamente la restricción del ingreso a las salas de los recintos de cine de Cineplex con productos comprados a las afueras de sus instalaciones es una cláusula abusiva de ineficacia absoluta.

1.2 Presentación del caso y análisis

El procedimiento inició con la denuncia de Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – ASPEC (en adelante, ASPEC) interpuesta contra Cineplex S.A (en adelante Cineplex), por el impedimento de la entrada con alimentos comprados fuera de los recintos del proveedor. La Sala Especializada en Protección al Consumidor, determinó que dicha restricción resultaba una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, puesto que representaba una contravención a la libertad de elección de los consumidores, infringiendo así los artículos 49.1° y 50° inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley N° 29571 (en adelante, el Código). Sin perjuicio del análisis realizado por la Sala, el problema principal radica en determinar si dicha restricción efectivamente es una cláusula abusiva

de ineficacia absoluta. A fin de responder esa interrogante, debemos discutir, primero, qué son las cláusulas abusivas, lo cual implica hacer mención a los contratos de adhesión, tipos de cláusulas abusivas que existen y cuáles son los criterios que ha determinado la doctrina y el Indecopi con el fin de analizar las cláusulas abusivas. Para esto último, es necesario revisar resoluciones previas sobre el tema, como la Resolución N° 0078-2012/SC2 (Caso Baldo Kresalja Rosselló vs. Foto Digital S.A) o la Resolución N° 3152-2018/SPC-INDECOPI (Caso Víctor Francisco Ramírez Arévalo vs. INTERVACATION CLUB E.I.R.L.), y otros lineamientos establecidos por Indecopi.

Luego, pasando al análisis del caso concreto, debemos verificar si la restricción concerniente al ingreso de alimentos se configura dentro del supuesto de hecho para ser analizada como una cláusula abusiva. Sin perjuicio de adelantar la postura, pese a que la restricción no podría ser calificada como una cláusula abusiva en tanto se refiere al servicio objeto de contrato, se pasará a analizar si esta limita algún derecho de los consumidores. En el caso materia de estudio, la discusión radica en analizar la libre elección, por lo que es importante delimitar de qué se trata este derecho y su contenido. Todo ello para responder si es que Cineplex vulneró el derecho de los consumidores aplicando la restricción mencionada.

Finalmente, se busca cuestionar la medida correctiva impuesta por la Sala, que permite la entrada de alimentos comprados fuera de los establecimientos de Cineplex, ya que esto lesiona los derechos que tiene el proveedor como empresa. Específicamente, el derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa cuya base normativa la encontramos en el artículo 59° de la Constitución.

Sobre las interrogantes planteadas, preliminarmente, podemos advertir que la resolución de la Sala no fue la adecuada, toda vez que el impedimento no constituía una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, en virtud de lo cual Cineplex no cometió ninguna infracción al Código. Esto ya que, las cláusulas abusivas deben analizarse teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio ofrecido, aquellas cláusulas contractuales referidas a los servicios o productos

que son objeto de contrato no pueden ser calificadas como cláusulas abusivas en tanto el objeto del contrato queda sujeto a la autonomía de las partes. En este caso, toda vez que el servicio brindado por Cineplex implica la proyección de películas así como la venta de alimentos, por lo que la restricción se encuentra debidamente justificada en el servicio que brinda la denunciada, en ese sentido, no puede configurarse como una cláusula abusiva.

Además, la cláusula abusiva produce un desbalance jurídico en el contrato, pese a ello, en este caso se cuestionaba que la oferta del proveedor era más costosa en comparación a los alimentos que pueden ser adquiridos a las afueras del cine. Por lo tanto, no hablábamos de un desequilibrio jurídico, sino, económico, lo cual no constituía una cláusula abusiva.

En ese sentido, considerando que el impedimento no constituye una cláusula abusiva, la medida correctiva es inadecuada y contraviene los derechos de Cineplex, pues, aplicando el principio de verdad material contenido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y el principio de primacía de la realidad del Código, el modelo de negocio de Cineplex no se ciñe solo a la proyección de películas, sino que además, sí considera la puesta a disposición de comida,.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

En 2017, Aspec denunció a dos de las más importantes cadenas de cines en el Perú, Cineplex S.A y CINEMARK DEL PERÚ S.R.L.. El presente informe se enfoca en la denuncia contra Cineplex, en la cual los denunciantes consideraban que el impedimento de la entrada con alimentos comprados fuera de los locales de Cineplex resultaba una práctica abusiva, la cual no estaba debidamente justificada y limitaba la libre de elección, asimismo, se alegó que Cineplex solo ponía a disposición alimentos poco saludables (comida chatarra).

2.2 Hechos relevantes del caso

1. El 07 de febrero de 2017, Aspec denunció a Cineplex presuntamente por haber infringido el Código de Protección al Consumidor, según lo siguiente:
 - i) Cineplex habría ofertado alimentos que superan cinco veces su valor;
 - ii) Los artículos tenían que adquirirse dentro de los recintos, lo cual restringía la posibilidad de adquirir alimentos a menor precio;
 - iii) No se habrían sustentado los motivos en atención a los que se prohibía la entrada de alimentos conseguidos fuera del recinto; y,
 - iv) No ofrecía productos alimentarios saludables.
2. Mediante Resolución N°1 de fecha 23 de marzo de 2017, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia e imputó:
 - i) La presunta infracción a los artículos 47° inciso b, 48° inciso c y 57° del Código, por ofrecer alimentos en precios elevados;
 - ii) Presunta infracción a los artículos 49°.1, 50° inciso e y 58°.1 del Código, por restringir el entrar con alimentos comprados fuera del local del proveedor;
 - iii) Presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 40° del Código, puesto que no se quedaba sustentado el impedimento del ingreso con productos adquiridos fuera del establecimiento; y,
 - iv) Presunta infracción a los artículos 1°.1 inciso f, 18° y 19° del Código, al nunca ofrecer productos saludables.
3. El 26 de abril de 2017, Cineplex realizó sus descargos e indicó que, en primer lugar, en base a su libertad de empresa, los precios de alimentos se establecieron partiendo de la oferta y demanda, asimismo, en base al mencionado derecho, eligió los productos que ponía a disposición. En segundo lugar, alegó que los precios de los alimentos, no eran una condición del contrato de consumo, en realidad era un elemento esencial, y no encajaba normativamente el concepto de “cláusula abusiva”. Tercero, justificó la restricción en que su giro de negocio no se basaba

solamente en la proyección de filmes audiovisuales, también incluía vender alimentos.

4. Mediante la Resolución N° 850-2017/CC2 con fecha de 26 de mayo del 2017, se declaró infundada la denuncia:

i) Sobre la primera infracción imputada respecto a que los alimentos eran ofrecidos a precios elevados, se desestimó la denuncia en tanto que esto no pudo ser acreditado y los precios del mercado no podían ser regulados por la administración pública.

ii) Respecto de los puntos de la denuncia que aluden al impedimento del ingreso con alimentos comprados fuera del establecimiento y su falta de justificación, la denuncia fue desestimada en vista que dicha limitación sí se encontraba justificada en el servicio que brindaba Cineplex, no resultaba lesiva y era parte del derecho de libertad de empresa.

iii) En cuanto al extremo de la denuncia referido a que Cineplex no habría sustentado la restricción de ingresar alimentos comprados fuera del establecimiento a sus salas, la denuncia fue declarada infundada debido a que no existía obligación legal alguna para sustentar la restricción.

iv) Sobre el punto de la denuncia relacionado a que no se ofrecían productos alimenticios saludables, indicaron que poner a disposición cierto tipo de productos, no implica una infracción al Código.

5. Con fecha de 27 de junio del 2017, el denunciante presentó un recurso de apelación reiterando sus argumentos iniciales y, además, señaló que:

i) Cineplex transgredió el derecho de protección a los intereses económicos de los consumidores, pues les obligó a pagar precios elevados por los productos y eso constituía una cláusula abusiva.

ii) Se atentó y contravino con la libre elección, no permitir seleccionar otros productos es un método comercial coercitivo.

iii) Los modelos de negocio no podían superponerse a los derechos de los consumidores.

6. El 08 de noviembre de 2017, Cineplex presentó sus descargos contestando el recurso de apelación, reiteró argumentos e hizo hincapié en que la venta de alimentos es parte de su actividad económica, de

manera que la prohibición se encontraba debidamente justificada y no transgredía derecho alguno de los consumidores. Además, argumentaron que los agentes económicos pueden fijar los requisitos a los servicios que ofertan con base a su libertad contractual y autonomía de la voluntad.

7. Con fecha de 02 de febrero del 2018, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi emitió la Resolución N° 0219-2018/SPC, en donde resolvió de la siguiente manera:

i) Declaró la nulidad parcial y archivo del extremo de la denuncia referida al impedimento del ingreso con productos comprados fuera al local de Cineplex ya que se había imputado como contravención al artículo 58.1 del Código, sin embargo, debió ser analizada como supuesta violación de los artículos 49°.1 y 50° inciso e);

ii) De la misma manera, declaró la nulidad parcial y archivo del extremo de la denuncia sobre la falta de justificación del impedimento ya había sido analizada en la infracción referida a la restricción en sí misma.

iii) De otro lado, declaró infundada la denuncia por la supuesta infracción a los artículos 47° inciso b), 48° inciso c) y 57° del Código, señalando que el deber de idoneidad, cláusulas y prácticas abusivas, entre otras imputaciones, no implican regular los precios del mercado.

ii) Además, declaró infundada la denuncia por el presunto quebrantamiento de los artículos 1° .1 inciso f), 18° y 19° del Código, pues poner en oferta cierto tipo de alimentos no implica una infracción a la normativa.

iii) Sin embargo, la Resolución N° 0219-2018/SPC revocó la Resolución N° 850-2017/CC2, en el extremo que declaró infundada la denuncia por la supuesta violación de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código, y declaró fundada la referida. A criterio de la Sala, el impedimento del ingreso de ítems comprados fuera era una cláusula abusiva de ineficacia absoluta pues restringía derechos de los consumidores, restringía su derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad. En ese sentido, como medida correctiva ordena que Cineplex deje de aplicar dicha restricción y que se permita el ingreso de alimentos similares o iguales a los que pone a disposición Cineplex.

8. La vocal Martinelli emitió su voto en discordia respecto a los siguientes extremos:

i) Sobre el primer extremo, el impedimento de la entrada de alimentos, Martinelli precisó que se imputó por el supuesto quebrantamiento de los artículos 49°.1, 50° inciso e) y 58°.1 del Código, sin embargo, debió ser analizarse bajo el artículo 57°, ya que la parte denunciante hacía alusión a una presunta práctica abusiva, por lo que las resoluciones N° 1 y N°850-2017/CC2 debieron declararse nulas parcialmente.

ii) Realizando el análisis en base a una presunta infracción al artículo 57°, indicó que la restricción tampoco vulneraba la norma, pues ésta formaba parte del modelo empresarial del proveedor y eliminarla afectaría su libre iniciativa privada y libertad empresarial. Además, la restricción no limitaba la libre elección del consumidor, Cineplex nunca obligó a adquirir alimentos en sus establecimientos. En ese sentido, debió declararse infundada la denuncia.

iii) Sobre el segundo extremo, la vocal precisó que la restricción no estaba debidamente justificada, pues se mencionó que Cineplex informaba a los consumidores que estaba prohibido el ingreso con alimentos adquiridos a las afueras del local. En ese sentido, en tanto para el artículo 40° del Código las restricciones deben ser informadas a los clientes, mas no que deben ser sustentadas, debió declararse infundada la denuncia.

9. Con fecha del 26 de febrero del 2018, el proveedor efectuó una solicitud de aclaración de la resolución final para que la Sala precise a qué aludía con “productos de similares características” a aquellos que ofrece, con el fin de delimitar la lista de alimentos permitidos e informar a sus consumidores adecuadamente sobre ello.

10. Con fecha del 28 de febrero del 2018, la denunciada amplió el pedido de aclaración pues buscaba que aclaren si las salas “Prime” no estaban

incluidas en la medida correctiva, asimismo, solicitó una ampliación para cumplir la medida correctiva.

11. Mediante la Resolución N° 467-2018/SPC de 05 de marzo del 2018, se declaró improcedente el pedido de aclaración, sin perjuicio de ello, procedió a aclarar de oficio e indicó que:

i) Las salas “Prime” no se incluían en la medida correctiva pues se trataba de un servicio diferente a las salas tradicionales.

ii) Respecto a la entrada con productos “semejantes” a los que vendía el denunciado, debía entenderse por “similar” todo aquello que tiene semejanza, los productos pueden ser de una marca distinta a la que ofrece Cineplex pero que se tiene que tratar del mismo tipo de producto.

iii) Sobre el plazo de ampliación para cumplir la medida correctiva, levantó la suspensión del cómputo del plazo.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problemas principales y secundarios

1. ¿Es correcta la nulidad parcial aplicada por la Sala a la Resolución N° 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución N° 850-2017/CC2?
 - 1.1 ¿Cuál es el contenido del acto administrativo que inicia el procedimiento sancionador?
 - 1.2 ¿En qué consiste el deber de encauzar de oficio el procedimiento?
 - 1.3 ¿La imputación sobre una presunta infracción de los artículos 18°, 19°, 40° y 58° .1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor era pertinente?

2. ¿La restricción del ingreso de alimentos que hubieran sido comprados fuera del establecimiento de Cineplex constituye una cláusula abusiva?
 - 2.1 ¿Qué son las cláusulas abusivas en los contratos de consumo?

2.1.1 ¿Cómo se relacionan los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas?

2.1.2 ¿Cuáles son los tipos de cláusulas abusivas?

2.1.3 ¿Cómo determina el Indecopi que se trata de una cláusula abusiva de ineficacia absoluta?

2.2 ¿Limita los derechos de los consumidores la restricción del ingreso de alimentos?

2.2.1 ¿Qué implica el derecho a la libre elección de los consumidores?

2.2.2 ¿Cuál es el modelo de negocio de Cineplex?

2.2.3 ¿Cineplex restringe el derecho a la libre elección de los consumidores?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

En cuanto a la primera cuestión principal, sobre si la nulidad parcial aplicada por la Sala a la Resolución N°1 y N°850-2017/CC2 era correcta, consideramos que lo resuelto por la Sala en dicho extremo es pertinente. Si bien la administración debe ceñirse a los hechos y argumentos alegados por los denunciantes al momento de imputar las presuntas infracciones, lo cierto es que el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en el artículo 86° numeral 3, se indica que la administración tiene la obligación de encauzar las imputaciones de oficio.

Sobre la imputación por la supuesta vulneración al artículo 58 ° .1 del Código, referida a la entrada con alimentos adquiridos fuera a los establecimientos de Cineplex, coincidimos con la opinión de la Sala en que la imputación contra el artículo 58.1 no era la más adecuada. El mencionado artículo hace referencia a métodos comerciales coercitivos o engañosos, lo cual no es aplicable al caso, ya que en su denuncia, Aspec no hace referencia ni da indicios al tipo de método el cual fue aplicado para “obligar” a adquirir productos en locales de Cineplex. De la misma manera, respecto a presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 40°

del Código, referida a la ausencia de motivación, este extremo se analizaría dentro de la imputación correspondiente a si la restricción resultaba ser una cláusula abusiva. Además, el deber de idoneidad al cual se hace referencia, implica una correspondencia entre lo que espera recibir el consumidor y aquello lo cual verdaderamente obtiene, lo cual no tiene relación alguna con el extremo de si la restricción estaba motivada. En ese sentido, ya que la imputación de cargos inicial no fue la más adecuada para el caso, la nulidad fue correcta.

Respecto al segundo problema principal planteado, si el impedimento del ingreso de ítems que hubieran sido comprados fuera constituye una "cláusula abusiva", no estamos conformes con lo resuelto por la Sala, pues consideramos que no es una cláusula abusiva de ineficacia absoluta. Para responder a dicha interrogante, analizaremos las cláusulas abusivas en contratos de consumo, adicionalmente, pasaremos a tratar la relación entre ambos. Esto resulta ser importante dado que, a fin de determinar la existencia de una cláusula abusiva, debemos conocer en qué contexto se dan, y es que las cláusulas abusivas no han sido pactadas por las partes por lo que se encuentran dentro de los contratos de adhesión.

Asimismo, veremos que existen dos tipos de cláusulas abusivas, de ineficacia absoluta y relativa, de acuerdo a los artículos 50° y 51° del Código, respectivamente. De un lado, las cláusulas abusivas de ineficacia relativa ocasionan una desventaja no justificada al consumidor, de manera que la relación entre las partes está desequilibrada. Por otro lado, las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta limitan derechos de los consumidores, entre otras distinciones que serán abordadas a lo largo del informe.

Una vez tengamos claro los conceptos más importantes sobre cláusulas abusivas, ahondaremos brevemente en los pronunciamientos de Indecopi para conocer los criterios que se han establecido para analizar en qué supuestos estamos ante a una cláusula abusiva. Por ejemplo, con la Resolución N° 0078-2012/SC2 se establecieron tres criterios a analizar para determinar cuándo estamos frente cláusulas abusivas: i) que de origen a una desventaja al consumidor, ii) que no justifique la desventaja implantada, iii) que conlleve una desventaja significativa, desbalance la relación entre las partes. Cabe señalar

que, este análisis, en donde se determina que existe una desventaja al consumidor, debe realizarse en base a términos jurídicos, se trata de una desventaja jurídica mas no económica.

Teniendo en claro el marco conceptual en el que nos encontramos, pasaremos al análisis del caso concreto, y validaremos si la restricción puede ser considerada una cláusula abusiva en tanto se refiere al servicio objeto de contrato. Para ello, es preciso analizar cuál es el modelo de negocio de Cineplex, esto ya que en sus descargos, la denunciada hizo énfasis en que la restricción se encontraba justificada en el giro de negocio. Por el contrario, la Sala concluyó que la venta de alimentos era una actividad secundaria que se ofrecía separada de la proyección de películas, determinando que la restricción era una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, que limitaba los derechos de los consumidores. Sin embargo, en realidad, la restricción se encontraba justificada, al ser una manifestación de su libre iniciativa privada y libertad de empresa, sin resultar lesiva.

Sin perjuicio de ello, verificaremos si los derechos de los consumidores se encontraban limitados. Para responder a ello, veremos que el “derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos”, implica el acceso a una variedad de productos. Asimismo, advertiremos que este derecho presenta límites como precios competitivos, disponibilidad y rentabilidad.

Finalmente, se analizará si Cineplex restringía la libre elección. De acuerdo a la Sala, el derecho afectado por la restricción era el derecho a optar libremente entre productos y servicios, pues no permitía a los consumidores elegir alimentos ofertados fuera de los establecimientos de Cineplex, y los productos del denunciado eran más costosos. Contrario a lo que opina la Sala, consideramos que no existía un desequilibrio jurídico, por lo que no podemos decir que nos encontráramos ante una cláusula abusiva. La Sala determinó que era una cláusula abusiva en base a términos económicos, lo cual es incorrecto. En ese sentido, se concluye que Cineplex no limitó la libre elección.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

El fallo objeto de estudio, tal como se comentó en la sección que justificaba su elección, ha sido una decisión muy cuestionada, que encuentra muchas opiniones a favor y en contra. Sin perjuicio de las críticas positivas que haya recibido la resolución, en el informe jurídico en desarrollo, la posición es en contra del fallo principal que resolvió fundada la denuncia, ya que la restricción del ingreso de alimentos comprados fuera de los establecimientos no constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, y por ende, no estamos ante una infracción a los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código.

En la resolución, como opinión personal, existen dos problemas principales, los cuales se detallaron previamente. El primero sobre la imputación de cargos realizada en primera instancia, para determinar si es correcta la nulidad parcial aplicada por la Sala, y el segundo, sobre si el impedimento del ingreso de productos que hubieran sido comprados fuera de los recintos de Cineplex constituye una “cláusula abusiva”, problema sustancial del caso.

Sobre el primer problema, resulta importante que sea materia de análisis, ya que, como veremos más adelante, existen dificultades de parte de la Secretaría Técnica al imputar los tipos infractores y esa dificultad tiene repercusiones sobre los consumidores y sus derechos. Consideramos que, en este caso, la Secretaría Técnica imputó presuntas infracciones que no tenían relación con las conductas descritas en la denuncia. Sin embargo, esto no es un hecho aislado, con los casos tomados de ejemplo, veremos que en más de una oportunidad cuando se trata de cláusulas abusivas, la Secretaría tiene dificultades para imputar por el tipo infractor más específico. Por lo que la nulidad parcial aplicada por la Sala era correcta. La administración debe ceñirse a los hechos y argumentos alegados por los denunciantes al momento de realizar la imputación, sin perjuicio de ello, también tiene el deber de encauzar de oficio los procedimientos.

Es así que, no coincidimos con la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N°2 al imputar una presunta infracción al artículo 58°.1 del Código, referida al impedimento del ingreso de ítems adquiridos fuera a los

establecimientos de Cineplex. Esta imputación no tiene correlación con los alegatos de la denuncia, si bien el denunciante menciona el artículo, no se sustenta ni se dan indicios de cuál fue el tipo de método aplicado para “obligar” a los consumidores a comprar alimentos en los establecimientos de Cineplex. Tampoco compartimos la opinión de la Secretaría, por la supuesta vulneración a los artículos 18°, 19° y 40° del Código, por la falta de justificación de la restricción, esto se analizaría dentro de la imputación correspondiente a si la restricción resultaba ser una cláusula abusiva. Lo cual resultaba ser el tipo infractor más específico. Además, se imputa el hipotético quebrantamiento al deber de idoneidad, empero, este implica una correspondencia entre lo que se espera recibir y lo que verdaderamente se obtiene, esto no tiene relación alguna con el extremo de si la restricción estaba motivada.

Sobre la segunda interrogante, la cual, consideramos que es el problema sobre el cual se resuelve el caso, debemos determinar la presencia de una presunta “cláusula abusiva”. Sobre ello, el mencionado artículo 49.1° del Código establece que en los contratos por adhesión, son cláusulas abusivas aquellas que no hayan sido aprobadas administrativamente y aquellas que no hayan sido negociadas entre las partes, que ubiquen al consumidor en desventaja o supriman sus derechos. Asimismo, en el análisis de cláusulas abusivas, debe considerarse la naturaleza del servicio ofrecido, pues aquellas cláusulas referidas al objeto del contrato, no pueden configurar una cláusula abusiva en tanto el objeto del contrato ha sido determinado libremente por las partes.

Al respecto, como se desarrollará a mayor abundamiento en el informe, el negocio, el servicio ofrecido por Cineplex constituye la proyección de películas y la venta de comida, por lo que la restricción se encuentra debidamente justificada en el servicio ofrecido, además de salvaguardar los intereses económicos de la denunciada. Debido a ello, la restricción de ingreso de alimentos no constituye una cláusula abusiva, sin perjuicio de lo señalado, se realizará el análisis de los criterios establecidos para corroborar si estamos ante la presencia de una cláusula abusiva.

En el artículo 50° inciso e), estipula que “son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta, las cláusulas que excluyan o limiten los derechos de los consumidores”, es así que el referido artículo menciona ciertos derechos. Sin embargo, esta lista no es taxativa en tanto indica que pueden existir otros derechos no mencionados en el artículo al incluir la frase “entre otros”.

En pronunciamientos previos, que serán citados más adelante, la Sala ha señalado que el desbalance o desventaja al cual se refieren las cláusulas abusivas, no debe analizarse en base a términos económicos, como por ejemplo, en temas relacionados a precios, si no que será analizado el desbalance en base a derechos u obligaciones, es decir, se analizará términos jurídicos. En el caso de controversia, Aspec alegó que el derecho vulnerado por la restricción fue el de libre elección, que supone “el asegurar el acceso a una diversidad de productos y servicios” (Fuentes y Sanchez, 2017, pp. 300). Sin embargo, en la resolución analizada, la Sala determinó que se afectaba la libertad de elegir libremente pues no se permitía a los consumidores elegir alimentos ofertados fuera de los establecimientos de Cineplex, ya que la oferta del proveedor era más costosa. Por lo que se emitió un fallo contradictorio a lo antes establecido por la autoridad, se declaró que el impedimento era una cláusula abusiva en base a términos económicos.

Ahora, la libre elección implicaba el acceder hacia una variedad de productos y servicios, en este caso, el consumidor, conociendo sobre las restricciones aplicables, puede decidir si contratar con Cineplex, o por el contrario, ir a otra cadena de cine, pues tiene una variedad de proveedores los cuales brindan un servicio similar. Al existir alternativas del servicio ofrecido, la proyección de obras cinematográficas, y haberse cumplido el presupuesto del deber de información, el derecho a la libre elección no fue vulnerado, contrario a lo que dice la Sala en su fallo, por lo cual el análisis de la resolución resulta ser errado.

De otro lado, otra de las críticas que debería hacerse a la resolución final, es que la medida correctiva es totalmente errónea, en tanto la restricción no implicaba una cláusula abusiva y se encontraba justificada en la libre iniciativa privada y libertad de empresa de Cineplex. Aquel derecho mencionado encuentra

fundamento normativo se encuentra en el artículo 59° de la Constitución, pues el objeto social de Cineplex es la proyección de filmes y venta de comida. En esa misma línea, es cuestionable que la Sala no haya tomado en cuenta el principio de primacía de la realidad al momento de analizar el modelo de negocio.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1.¿Es correcta la nulidad parcial aplicada por la Sala a la Resolución N° 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución N° 850-2017/CC2?

Como se detalló previamente en el apartado de los hechos del caso, la Resolución N° 0219-2018/SPC declaró la nulidad parcial de la Resolución N° 850-2017/CC2 de primera instancia y mandó el archivo de la denuncia por la imputación referida al artículo 58.1° del Código. Respecto al extremo referido a la restricción del ingreso de alimentos no comprados en el recinto, esta conducta se había imputado como una infracción al artículo 58.1 del Código, sin embargo, debió ser analizada como una supuesta contravención de los artículos 49 ° .1 y 50° inciso e). Asimismo, en cuanto al extremo concerniente a la falta de justificación del impedimento, ya había sido analizada en la infracción referida a la restricción en sí misma.

1.1 ¿Cuál es el contenido del acto administrativo que inicia el procedimiento sancionador?

Para entrar en detalle sobre el contenido del acto administrativo, brevemente debemos definirlo, de acuerdo con el artículo 1.1 del TUO LPAG, los actos administrativos son “las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”. Así pues, en palabras de Danós, el acto administrativo consiste en la manifestación de voluntad, decisión, opinión o constatación por parte de la administración, destinada a producir efectos jurídicos sobre los administrados (2010, pp.21).

Antes de entrar a mayor detalle sobre el contenido del acto administrativo que inicia el procedimiento sancionador, es pertinente iniciar conociendo al órgano

encargado de emitir dicho acto. De acuerdo con el artículo 5.2 de la Directiva N°001-2021-COD-INDECOPI, por razón de materia, los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por denuncias individuales de parte, o por la afectación de intereses colectivos o difusos, en primera instancia, deben ser tramitados ante la Comisión de Protección al Consumidor.

En este caso, con cargo a desarrollar a mayor detalle sobre la legitimidad para obrar de la asociación de consumidores que interpuso la denuncia en defensa del interés difuso de los consumidores, corresponde que esta sea vista, en primera instancia, ante la Comisión. A mayor abundamiento, debemos mencionar al Decreto Legislativo que aprueba la Ley de organización y funciones del Indecopi, Decreto Legislativo N°1033, el cual en su artículo 44° señala que aquel encargado de admitir a trámite una denuncia e imputar los cargos dentro del procedimiento seguido en las Comisiones, es la Secretaría Técnica.

Ahora, habiendo determinado que el órgano encargado de imputar los cargos de las presuntas infracciones es la Secretaría Técnica de la Comisión, acerca del contenido del acto administrativo, este está delimitado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante TUO LPAG), norma de aplicación supletoria. En el artículo 5° se indica el contenido u objeto del acto administrativo, en estas casuísticas, en tanto estamos frente al análisis de un procedimiento administrativo sancionador, es pertinente tener presente el numeral 4 del mencionado artículo. Es así que, el acto administrativo debe albergar todas las alegaciones de hecho y derecho que expusieron los administrados. Ante la presentación de una denuncia, al emitirse el acto administrativo que inicia el procedimiento, este debe estar basado en los hechos alegados por el denunciante, con lo cual la imputación debe ceñirse a los fundamentos del denunciante (Agurto, 2019, pp. 50).

Recordemos que mediante Resolución N°1, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite e imputó:

- i) El supuesto quebrantamiento a los artículos 47° inciso b, 48° inciso c y 57° del Código por ofrecer alimentos con precios elevados;
- ii) Presunta infracción a los artículos 49°.1, 50° inciso e y 58°.1 del Código, por restringir el ingreso de alimentos los cuales hubieran sido comprados fuera;
- iii) Supuesta violación a los artículos 18°, 19° y 40° del Código, por no motivar la restricción del ingreso de productos adquiridos fuera de Cineplex; y,
- iv) Presunta transgresión a los artículos 1°.1 inciso f, 18° y 19° del Código, al no ofrecer productos alimenticios saludables.

Teniendo presente las imputaciones, debemos contrarrestar las presuntas infracciones con la denuncia realizada por Aspec para verificar que la Secretaría Técnica se ciñó a lo alegado por los denunciantes.

En el expediente del caso, expediente N°148-2017/CC2, obra en foja 1 a 7 la denuncia realizada por Aspec, en dicho escrito el denunciante señala y cita los artículos del Código que habría vulnerado Cineplex:

- i) Citan los artículos 1.1, literales c) y f), alegando que los consumidores estaban obligados a pagar hasta cinco veces los precios de los productos que ofrecía Cineplex, lo que era una cláusula abusiva. Seguidamente, indicaron que era un método comercial coercitivo, pues no se permitía al consumidor elegir productos de mejor o similar calidad a menor precio, vulnerando el derecho de la libre elección. Asimismo, indicaron que solo se ponía a disposición comida chatarra, lo cual vulneraba los mencionados artículos.
- ii) Hace referencia al artículo 40° del Código para alegar que la restricción del ingreso de alimentos no estaba debidamente justificada.

iii) Señala se habría contravenido el artículo 47° del Código, alegando que la restricción era onerosa y desproporcionada.

iv) Citan al artículo 48°, e indican que no existe un equilibrio de derechos y obligaciones al existir la restricción.

v) Citan los artículos 49°, 50° y 52°, para señalar que el impedimento restricción es una “cláusula abusiva” que restringe la libre elección

vi) Alegan que se infringió el artículo 57° ya que la restricción es una práctica abusiva excesivamente onerosa

vii) Señalan que la restricción es un método comercial agresivo, y citan el artículo 58°, ya que Cineplex obligaría a comprar alimentos en el cine, yendo en contra del derecho a la libre elección.

Como podemos observar, existe correlación entre la denuncia y Resolución N°1 que admitió a trámite e imputó cargos, y es que la Secretaría Técnica imputó bajo los mismos artículos que Aspec señaló se habrían vulnerado, según su denuncia. Con excepción del artículo 52° del Código ya que no se realizó imputación alguna bajo dicho artículo, y los artículos 18° y 19° pues estos no fueron mencionados en la denuncia sin embargo si formaron parte de la formulación de cargos, la Secretaría Técnica prácticamente realizó la imputación tal cual la denuncia realizada. Por lo que podemos concluir que la Secretaría Técnica cumplió con el contenido del acto administrativo conforme al artículo 5° numeral 4 del TUO LPAG.

1.2 ¿En qué consiste el deber de encauzar de oficio el procedimiento?

Para poder ahondar en qué consiste el deber de encauzar de oficio el procedimiento, debemos recordar que la Constitución Política del Perú establece en su artículo 65° que el estado peruano protege a los consumidores. Así pues, en la Resolución N° 1432-2022/SPC, la Sala señala que la protección a los

consumidores que se menciona en la Constitución puede verse reflejada de dos maneras. Primero, este deber es un principio que rige la actuación de las autoridades para que logren la efectiva protección de los consumidores. Segundo, implica que, en tanto los consumidores tienen un derecho subjetivo ante infracciones de sus intereses, el Estado debe desarrollar mecanismos para el resguardo de dichos intereses.

Precisamente en base a dicho deber de protección de los consumidores, es posible, al presentar una denuncia en Indecopi, no se requiera asistencia legal, es decir un abogado. Esto lo encontramos también estipulado en el artículo 10° de la Directiva N°001-2021-COD-INDECOPI, Directiva Única que regula los procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. En base ello, resulta completamente indispensable que, la autoridad administrativa, quien tiene un mayor conocimiento de la normativa vigente, interprete lo señalado por los administrados conforme a las mismas para garantizar la protección de sus intereses.

Debido a ello, recae en la autoridad el deber de encauzamiento, de acuerdo con Guzmán, este deber es “la materialización del principio de impulso de oficio mencionado en el TUO LPAG, artículo IV, 1.3, y es que permite satisfacer la utilidad o interés público que se encuentra en discusión en el procedimiento administrativo” (2011, pp. 10-11). Este es el motivo por el cual “no puede dejarse la tramitación de un procedimiento al dominio exclusivo del administrado, aún cuando haya sido iniciado por interés del mismo” (Guzmán, 2011, pp. 10-11).

A mayor abundamiento, es importante mencionar otros dos de los principios del procedimiento administrativo que encontramos en el artículo IV del TUO LPAG, el principio de informalismo y celeridad. El principio de informalismo, contenido en el inciso 1.6 del artículo IV, es importante mencionarlo ya que las normas del procedimiento administrativo deben interpretarse de manera favorable para los administrados, de manera que los derechos o intereses de estos no se vean afectados por la exigencia de aspectos formales. En ese sentido, es el deber de la autoridad el de interpretar y encauzar lo alegado por los administrados, en

aras de privilegiar su prosecución y garantizar la protección efectiva de los derechos del consumidor (ver Resolución N° 1432-2022/SPC).

Sobre el principio de celeridad contemplado en el inciso 1.9 del artículo IV del TUO LPAG, este establece que el procedimiento debe tener la máxima dinámica posible, evitando dilaciones o actuaciones que dificulten el dinamismo, para así tener una decisión en tiempo razonable. Esto es importante mencionarlo ya que, el no realizar una correcta imputación de cargos puede conllevar a la nulidad de un acto administrativo por parte del superior jerárquico. De acuerdo con el artículo 213° del TUO LPAG, la nulidad de oficio puede retrotraer el procedimiento al momento en que se produjo la causal de nulidad, en caso no se cuenten con los elementos o medios para pronunciarse sobre el fondo:

Artículo 213.- Nulidad de oficio

(...)

213.2 **La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida.** Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, **la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello.** En este caso, este extremo sólo puede ser objeto de reconsideración. **Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.**

(Subrayado y negrita nuestro)

En caso de incurrir en una causal de nulidad, es probable que el procedimiento deba volver a la etapa en que se produjo el vicio, lo cual hace que el proceso de dilate y la decisión final no se emita en un plazo razonable. Es por ello que, si la autoridad administrativa no realiza la correcta imputación de cargo, o encauza correctamente el procedimiento, es posible que el mismo se dilate afectando al consumidor en tanto tendría que esperar más tiempo por una decisión final.

En el caso concreto del presente informe, si bien la Secretaría Técnica cumplió con el contenido de la Resolución N° 1, según el artículo 5° numeral 4 del TUO LPAG, imputando las presuntas infracciones de acuerdo a lo denunciado por Aspec, consideramos que dejó de lado otro artículo del TUO LPAG. De conformidad al artículo 86°, numeral 3 del TUO LPAG, es deber de la autoridad administrativa el “encauzar de oficio el procedimiento, cuando exista error u omisión de los administrados”.

Para ejemplificar de mejor manera el deber de encauzamiento utilizaremos el caso de la Resolución N°1988-2021/SPC, cabe señalar que en dicho caso nos centraremos en la imputación referida a cláusulas abusivas. Los denunciados, los señores A.C.M.P.L y H.A.K.B, denunciaron a la inmobiliaria Deluxe House S.A.C ante la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la Comisión), debido a presuntas infracciones al Código. La denuncia se basaba en que habían adquirido un inmueble con la inmobiliaria, sin embargo este presentaba desperfectos, y el documento de “Acta de Entrega” contenía una presunta cláusula abusiva referida a la exoneración de responsabilidad de la denunciada por la suscripción de los contratos entre las partes.

Es así que la Secretaría Técnica imputó contra la Inmobiliaria la presunta vulneración de los artículos 49° y 50° del Código, pues habría incluido una cláusula abusiva en el documento de “Acta de Entrega”. Sobre dicho extremo, la Sala declaró la nulidad parcial de la resolución de formulación de cargos y Resolución N°1746-2020/CC2 de primera instancia, pues los artículos sobre los cuales se imputó no eran aplicables al caso.

De acuerdo con la Sala, el documento de “Acta de Entrega” no constituye contrato de adhesión alguno, ni son “cláusulas generales de contratación”, pues fue elaborado para una situación particular, que es dar constancia de la fecha y las condiciones de entrega del inmueble, pactándose cláusulas específicas para el caso de los denunciados y no abstractas. Por lo que, por la naturaleza del documento, no cabe analizar la imputación bajo los artículos que indicó la Secretaría Técnica, ya que estos artículos regulan el contenido de contratos de

adhesión o cláusulas generales de contratación. La Sala determinó que debía analizarse bajo el artículo 47° literal b) del Código.

Es así por lo cual se declaró la nulidad parcial en base al artículo 10° del TUO LPAG, que establece los vicios de nulidad del acto administrativo, siendo uno de estos “la omisión o defecto de sus requisitos de validez”. Conforme con el artículo 3° del TUO LPAG, un requisito de validez es que se “respete el procedimiento regular para la generación del acto administrativo”, es decir, que se respete el debido procedimiento. Este último, además, implica que los administrados puedan plantear sus argumentos, ofrecer y producir pruebas y alcanzar una decisión motivada.

De manera adicional, se declara la nulidad parcial ya que, en conformidad con el artículo 254° numeral 3 del TUO LPAG, en “el ejercicio de la potestad sancionadora, se tiene que notificar a los administrados las imputaciones”, lo cual en este caso no se habría dado puesto que la imputación inicial no era la correcta. Finalmente, la Sala menciona que el artículo 156° del TUO LPAG, señala que “la tipificación corresponde a la autoridad que conoce de la denuncia”. Por lo que podemos concluir que no puede recaer en el consumidor la carga de precisar cada una de las presuntas infracciones, pues es la autoridad quien está en una mejor posición para determinar ello.

Como consecuencia de la nulidad parcial, en el mencionado caso de la Resolución N°1988-2021/SPC, la Sala ordena a la primera instancia que impute y se pronuncie en torno a la conducta presuntamente infractora, ya no por la presunta existencia de cláusulas abusivas, retrotrayendo el proceso. Es así que, debido a que la Secretaría Técnica no encauzó el procedimiento, en el extremo mencionado, el procedimiento debe volver a la etapa inicial, dilatándose el tiempo de espera por una resolución final, lo cual contraviene el mencionado principio de celeridad del procedimiento administrativo.

Como se mencionó anteriormente, el deber de encauzamiento es la materialización del principio de impulso de oficio del procedimiento, lo cual se corresponde con el citado artículo 156° del TUO LPAG. Entonces, si bien el acto

administrativo que comienza el procedimiento debe ceñirse según lo que alegan los denunciados, lo cierto es que la administración tiene el deber de encauzar de oficio, lo que quiere decir que debe imputar por las infracciones correspondientes, independientemente de si es que no fueron planteadas como tal por el denunciante. No encauzar de oficio implicaría que la administración desconozca su deber orientado a proteger el interés público y los principios del procedimiento administrativo. En este caso, es la Secretaría Técnica el órgano sobre el cual “se posan las obligaciones de gestión y manejo del procedimiento ya que es quién conoce las normas que han podido ser contravenidas con las conductas que se pusieron a su conocimiento” (Agurto, 2019, pp. 51).

En adición a lo señalado, en la Resolución N°0175-2021/SPC, la Sala distinguió dos factores los cuales debían tomarse en cuenta para una adecuada imputación de cargos: (i) la congruencia de lo denunciado, quiere decir, que coincida el contenido de la denuncia realizada por los administrados, (ii) el deber de encauzamiento de la autoridad administrativa, en caso existiera una hipotética contravención a un tipo infractor más específico, será posible encauzar el procedimiento conforme a la imputación de cargos que considere más conveniente.

En conclusión, encauzar el procedimiento no resulta contradictorio con ceñirse a lo que alegan los denunciados, pues es deber de la autoridad por las infracciones correspondientes en base a lo alegado por los denunciados. Como se pudo observar del ejemplo del caso señalado y la resolución citada, independientemente de que el denunciante plantee una infracción, la autoridad no debe imputar dicha conducta si es que no encuentra los motivos y razones necesarias para ello, sino que debe determinar cuál sería la norma aplicable al caso en base a lo planteado por el denunciante. El encauzar el procedimiento es dejar de lado el principio que rige la actuación de las autoridades para que logren la efectiva protección de los consumidores y los principios del procedimiento administrativo, lo cual deviene en un perjuicio para el consumidor.

1.3 ¿La imputación sobre una presunta infracción de los artículos 18°, 19°, 40° y 58°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor era pertinente?

Sin perjuicio de, posteriormente, contradecir el análisis y la decisión final de la Sala, coincidimos en que la imputación contra los artículos 18°, 19°, 40° y 58°.1 era inoportuna. Dichos artículos hacen referencia a conductas que distan mucho de lo denunciado, por lo que no son aplicables al caso concreto.

En cuanto al extremo referido a la supuesta vulneración al artículo 58°.1 del Código, por el impedimento del ingreso de productos adquiridos fuera del local de Cineplex, consideramos que fue correcta la opinión de la Sala al decidirse por la nulidad parcial de la Resolución N°1 y N°850-2017/CC2. Esto en tanto dicha conducta solo debió ser imputada bajo los artículos 49 ° .1 y 50° inciso e) del Código, pues el artículo 58 ° .1 versa sobre la “prohibición de métodos comerciales agresivos o engañosos”.

Para explicar en qué consisten los “métodos comerciales agresivos o engañosos”, debemos partir por el derecho que se busca proteger con la prohibición de dichos métodos. En el artículo 1°, literal f) del Código, se establece el “derecho de los consumidores a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad”, ya que son los consumidores los cuales conocen los productos o servicios más adecuados para colmar sus intereses y necesidades (ver Resolución N°3399-2018/SPC). En el artículo 58° del Código se indica que “los proveedores no pueden realizar conductas que vulneren la libre de elección”, las cuales consisten en prácticas que vulneran esta libertad a través del acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo (ver Resolución N°3399-2018/SPC). Debe entenderse por métodos engañosos o agresivos, de acuerdo con Estigarribia y Glibota, a las imposiciones que se le hacen al usuario a través del acoso, adjudicación de premios y engaños reiterados, lo que no permite que brinde su consentimiento formado en la reflexión de su propias conveniencias (citado en Rodríguez, 2010, pp. 45).

A manera de ejemplo, para un mejor entendimiento sobre lo que consiste un método comercial agresivo o engañoso, mencionaremos el caso de la resolución

citada en el párrafo antecedente, cabe señalar que solo abordaremos el extremo referido a la supuesta vulneración al artículo 58°. En el caso de las señoras A.B.B.V y R.A.V.C contra Blue Marlin Beach Club S.A., las denunciadas señalaron que le ofrecieron el paquete “Pack for two”, que consistía en un descuento aplicable a cualquier Hotel Decameron, sin embargo, la denunciada no contaba con todos los hoteles que publicitaba (ver Resolución N°3399-2018/SPC). La Sala, tras la escucha del audio de contratación del servicio, valida que en la lectura del documento “Verificación de los Términos del Contrato”, por momentos la información se leía de manera muy rápida. Además, en el ambiente había mucho ruido lo que obstaculizaba la comunicación y comprensión de las condiciones contractuales ofrecidas.

La Sala señala que la existencia de voces de más personas en el establecimiento de la denunciada, la lectura del contrato de manera muy rápida, son componentes distractores de atención y comprensión de los consumidores, sobre las condiciones ofrecidas. Además, del audio se comprobó que el denunciado brindó información distinta a la que se había ofrecido en un primer momento. Es así que mediante la Resolución N° 3399-2018/SPC, resuelve como fundada la denuncia en cuanto al extremo concerniente a métodos comerciales agresivos.

Ahora, en su denuncia, Aspec señaló que la restricción era un método comercial agresivo, ya que Cineplex obligaba a los consumidores a comprar alimentos en el cine, contraviniendo la libre elección. Al respecto, no evidenciaba que la denunciada obligaba, mediante dolo, violencia o intimidación, a adquirir los productos que ofrecía Cineplex en dulcería, por el contrario, los productos estaban a disposición y era elección del consumidor adquirirlos. Utilizando de ejemplo el caso citado previamente, no se brindó información contradictoria a los consumidores, ni se aplicaron componentes distractores de atención y comprensión. Cabe señalar que Aspec nunca hizo precisión alguna sobre el presunto “método comercial agresivo” en el que incurría Cineplex.

En ese sentido, no había indicios de que Cineplex incurrió en algún método comercial agresivo o engañoso según el artículo 58°, para adquirir los productos

de su dulcería. Sin perjuicio de ello, la Secretaría Técnica imputó una supuesta infracción al artículo 58° de manera errada.

Respecto a la imputación referida a los artículos 18°, 19° y 40° del Código, en tanto que Cineplex no sustentó la restricción de no ingresar ítems comprados a las afueras de su recinto, de la misma manera, consideramos que, en ese punto, la Sala sí se pronunció correctamente. Esto en tanto que, dicha imputación se analizará dentro de la imputación referida a si dicha cláusula resulta ser una de carácter abusivo.

Como se mencionó previamente, en la denuncia de Aspec, se hace referencia al artículo 40° del Código para alegar que la restricción del ingreso de alimentos no estaba debidamente justificada. Recordando lo que se señaló sobre el deber de encauzamiento de la autoridad, hay dos factores que deben tomarse en cuenta para una adecuada imputación de cargos: (i) la congruencia de lo denunciado, la coincidencia con el contenido de la denuncia, (ii) el deber de encauzamiento de la autoridad, quiere decir que de haber una supuesta violación a un tipo infractor más específico, existe la posibilidad de encauzar el procedimiento conforme a la imputación que considere.

Durante los próximos apartados se desarrollará a mayor profundidad el tema de cláusulas abusivas, sin perjuicio de ello, adelantamos que, existen tres criterios para precisar si estamos delante de una cláusula como la mencionada: i) que genere desventaja al consumidor, ii) que no esté sustentada la desventaja impuesta, y iii) que la desventaja sea relevante, es decir, que desbalancee la relación de las partes. Como se puede apreciar, uno de los criterios a analizar en cláusulas abusivas es que esta no se encuentre justificada. En vista que ya se había imputado un supuesto quebrantamiento al artículo 50°, la justificación del impedimento sería analizado en dicho extremo, por lo que el tipo infractor más específico era el referido a cláusulas abusivas. En ese sentido, la imputación por una presunta infracción al artículo 40°, era completamente innecesaria.

Asimismo, en el extremo referido a que Cineplex no sustentó la restricción de no ingresar productos comprados a las afueras de sus recintos, la Secretaría

Técnica indicó que existiría una hipotética vulneración a los artículos 18° y 19°. Es importante destacar que, en su denuncia, Aspec no alegó una infracción a dichos artículos en el extremo indicado, sólo mencionó el deber de idoneidad cuando hacía referencia a la calidad de los alimentos que ofrecía Cineplex. Es decir, en este extremo, la Secretaría Técnica encauzó el procedimiento, sin embargo, consideramos que dicha imputación no fue la más atinada.

La imputación por una supuesta falta a los artículos 18° y 19°, que aluden al deber de idoneidad, se dan porque la prohibición del ingreso de productos no estaba debidamente justificada. Ahora, es pertinente ahondar sobre el deber de idoneidad, de acuerdo con la Resolución N°2884-2019/SPC, por un lado, el artículo 18° desarrolla la idoneidad como “la correspondencia entre lo que un consumidor espera recibir y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le ofreció, la publicidad e información que tenía, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros componentes”.

Es decir, la idoneidad se refiere a la expectativa que se forma en el consumidor por un producto o servicio debido a una variedad de factores como la información brindada por el proveedor o por el mercado, las circunstancias de adquisición, características del producto o servicio, el precio u otros factores (Rejanovinschi, 2017, pp. 233). De otro lado, la Resolución N° 2884-2019/SPC señala que el artículo 19° establece que el proveedor debe asumir responsabilidad por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofertados.

En este punto, no podemos encontrar relación alguna entre la imputación que realizó la Secretaría Técnica y los artículos 18° y 19°. En la Resolución N° 1, obra en foja 13 y 14 del expediente N° 148-2017/CC2 que, textualmente, la Secretaría señala:

“ (...) que los hechos referidos a que Cineplanet no habría sustentado y/o explicado sobre las restricciones de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento, a las salas de cine; involucraría una afectación a los consumidores, respecto de lo siguiente:

- *Al deber de idoneidad en la prestación de los servicios y productos puestos a disposición de los consumidores”*

Como se mencionó en párrafos precedentes, el hecho que la restricción se haya encontrado justificada, se analizaría bajo la imputación de la posible existencia de una cláusula abusiva ya que era el tipo infractor más específico. Imputar una supuesta vulneración al deber de idoneidad significaba que existían indicios de un problema en la coincidencia entre lo que se esperaba y lo que efectivamente recibían los consumidores, es decir en la expectativa generada. Empero, de acuerdo a la denuncia de Aspec, dentro de este extremo, lo que se cuestiona es si la restricción estaba debidamente motivada, no se cuestionaba el servicio ofrecido como tal.

Ahora, probablemente la Secretaría imputó bajo los artículos 18° y 19°, ya que, a su entender, la prohibición no habría sido puesta a conocimiento apropiadamente a los consumidores. Sin embargo, de acuerdo a la Resolución N°2884-2019/SPC, el tipo jurídico del deber información, implica que los consumidores cuenten con información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, que les permita realizar una elección de consumo que se acople a sus intereses.

A mayor abundamiento, de acuerdo con Tirado, el derecho a la información se reconoce desde el principio de transparencia, ya que impone a los proveedores el deber de facilitar la información necesaria en las relaciones de consumo; y desde el principio de corrección de asimetría informativa, pues la normativa busca revertir las situaciones de desequilibrio al acceder a información en el contexto de una relación de consumo (2021, pp. 53- 54). A su vez, este derecho de información supone exigir al proveedor, de acuerdo a cada actividad económica, que se tomen las medidas necesarias para que se informe adecuadamente a los usuarios (Tirado, 2021, pp. 56)

El deber de información, que implica que los consumidores cuenten con la información necesaria para tomar decisiones según sus intereses, se encuentra amparado bajo los artículos 1°.1 literal b) y 2°, mientras que los artículos 18° y

19° establecen el deber de idoneidad, el cual implica el deber del proveedor en la coincidencia entre aquello que el consumidor anhela recibir y lo cual verdaderamente obtiene (ver Resolución N°2884-2019/SPC).

Esto quiere decir que, si la Secretaría buscaba imputar una presunta infracción por no haber informado sobre la restricción a los consumidores, pudo haberlo hecho bajo los artículos 1°.1 literal b) y 2°, el tipo infractor más específico, ya que una infracción al deber de idoneidad, es un tipo distinto.

Esto puede ser ejemplificado con un caso, para ello nos referiremos al caso de la Resolución N°2717-2021/SPC que también versa sobre cláusulas abusivas, cabe señalar que solo nos referiremos a los extremos pertinentes para el presente informe. En la denuncia del señor R.D.M.T hacia la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C (en adelante, UPC), la Secretaría Técnica admitió a trámite dicha denuncia, imputando supuestas faltas al Código, según se detalla a continuación:

- (i) 1°.1 literal b) y 2°.1: no habría informado al denunciante que su hijo sería sometido a un proceso de recategorización de pensiones, ni cuáles serían los criterios que se aplicarían;
- (ii) 73°: habría variado de manera unilateral el monto de la pensión asignada a su hijo;
- (iii) 51° literal b): habría insertado en sus reglamentos académicos la facultad unilateral de incrementar el importe del monto de la pensión

En primera instancia, la Comisión determinó que la imputación por la supuesta falta de información, ya que se había variado unilateralmente la pensión, debía ser analizada únicamente bajo lo indicado en el artículo 73°. Esto quiere decir que la Secretaría debió imputar bajo el tipo infractor más específico.

Ahora, como último ejemplo, para poder evidenciar bajo qué imputaciones se admiten a trámite las denuncias por cláusula abusivas, nos referiremos a la

Resolución N° 3684-2018/SPC. En la denuncia del señor R.R.F contra Los Portales S.A. (en adelante, Los Portales), se imputó la presunta falta a los artículos 1.1° literal c) y 49°. Esto ya que, dentro del contrato de compraventa, existía una cláusula la cual señalaba que, ante el incumplimiento de pago de las cuotas, el proveedor podía optar por resolver unilateralmente el contrato, sin devolver el 30% del precio de venta acordado por concepto de penalidad. En dicho caso, queda evidenciado que se imputó bajo el artículo 49° referido a cláusulas abusivas, y bajo el artículo 1.1° literal c), como un tipo infractor más específico de acuerdo a lo que señalaba el denunciante.

Como ha quedado demostrado, en el caso objeto de nuestra investigación, la Secretaría Técnica de la Comisión, no realizó una correcta imputación, contraviniendo el deber de encauzamiento que tiene como administración. Los artículos 18°, 19°, 40° y 58° .1 hacen referencia a conductas que distan mucho de lo denunciado, por lo que no son aplicables al caso concreto.

Por lo tanto, es correcto que se haya declarado la nulidad parcial de la Resolución N°1 y 850-2017/CC2 sobre los extremos mencionados. En ese sentido, ya que la Sala basó su pronunciamiento en las presuntas infracciones a los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código, puesto que consideraba a la restricción como una cláusula abusiva, se pasará a analizar el caso en los términos en los que la Sala imputó.

2. ¿La restricción del ingreso de alimentos que hubieran sido comprados fuera del establecimiento de Cineplex constituye una cláusula abusiva?

Para dar respuesta a este problema, primero, es necesario dar un marco conceptual y teórico. Tenemos que saber a qué nos referimos con una cláusula abusiva, contratos de adhesión, los tipos de cláusulas abusivas con las cuales nos podemos encontrar, y cuáles son los criterios establecidos por la autoridad y norma para determinar que estamos frente a una cláusula de dicha naturaleza. Segundo, cuando estén claros los conceptos principales debemos delimitar el contenido y el fundamento jurídico de los derechos de los consumidores que Aspec alegó fueron vulnerados. Y, a modo de cierre, pasaremos a aplicar los

criterios establecidos, para dilucidar si efectivamente nos topamos con una cláusula abusiva.

2.1. ¿Qué son las cláusulas abusivas en los contratos de consumo?

2.1.1 ¿Cómo se relacionan los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas?

Para empezar, debemos partir de la noción de contrato, de acuerdo con el artículo 1351° del Código Civil, “(...) es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

Los contratos de adhesión son contratos en los cuales existe ausencia de negociación entre las partes, solo una de ellas elabora el contenido y la otra se adhiere al contrato aceptando sus términos y condiciones (Escobar, 2011, pp. 143). De la misma manera, su definición se halla contemplada en el Código Civil de 1984, en su artículo 1390°. De acuerdo con De La Puente, que un contrato sea moldeado por solo una de las partes, podría representar un problema para el ejercicio de la libertad de configuración interna del contrato, sin embargo, esto no perjudica ni cambia la esencia del contrato, que resulta ser el acuerdo de manifestaciones de voluntad (2017, pp. 530). En contratos de adhesión, solo una de las partes manifiesta, declara, su voluntad de adherirse al contrato predeterminado.

El ejemplo más común de dichos contratos son los contratos de servicios financieros, en los cuales la entidad financiera ha elaborado contratos tipos, que ya han sido aprobados por la autoridad, la Superintendencia de Banca y Seguros, para sus diversos productos y los clientes, al solicitar uno de sus productos, dan su aceptación a dichos contratos predeterminados.

Podemos encontrar la definición y prohibición de las cláusulas abusivas en diferentes instrumentos normativos, como el artículo 1398° del Código Civil; asimismo, de acuerdo al artículo 49.1° del Código, “son cláusulas abusivas las cuales no han sido negociadas por las partes y pongan en desventaja o anulen derechos de los consumidores”.

Asimismo, en normativa internacional, al respecto, en la Directiva 93/13/CEE de la Comunidad Europea, se señala en su artículo 4º, inciso 1), que el carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de contrato; asimismo, en el literal 2), señala que el carácter abusivo de una cláusula no se referirá al objeto principal del contrato ni al precio. Sobre ello, Carballo señala que el objeto principal del contrato se refiere a las prestaciones esenciales del mismo o que lo caracterizan, que mantienen la esencia de la relación contractual (2022, pp. 70). Esto quiere decir que, la cláusula abusiva no concierne al objeto del contrato, naturaleza o características esenciales del bien o servicio.

Asimismo, es posible detectarlas mediante las siguientes características establecidas por la doctrina a lo largo de los años, de acuerdo con Arana:

- Son compuestas únicamente por una parte
- El contrato resulta ser beneficioso para el proveedor y perjudicial para el consumidor.
- No son negociadas, los consumidores solo se adhieren a las cláusulas previamente redactadas
- Contravienen los principios de buena fe, transparencia y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. (2010, pp. 62 - 63)

Así pues, una cláusula abusiva será aquella que ha sido predispuesta por una de las partes, la cual genera un desequilibrio de los derechos y obligaciones, lo cual debe ser significativo entre los contratantes, es decir, no todo desequilibrio se considera abusivo (Gual, 2016, pp. 120).

A mayor abundamiento, Roppo, señala que “el desbalance prohibido no es el desequilibrio económico, relacionado al precio, valor o costo, sino la prohibición de un desequilibrio o desbalance "normativo" — relacionado a los derechos y a las obligaciones procedente del contrato” (2001, pp. 364). Asimismo, de acuerdo con Terre, un desequilibrio económico no determina que una cláusula sea abusiva, a menos que coincida con un desequilibrio de carácter normativo o jurídico (Citado en Gual, 2016, pp. 121).

Teniendo en claro ambos conceptos, el de contrato de adhesión y cláusulas abusivas, podemos verificar que existe un punto de encuentro entre ambos y están relacionados. Las cláusulas abusivas, al no haber sido negociadas por las partes, se encuentran dentro de los contratos de adhesión (Arana, 2010, pp. 63) y podemos identificarlas verificando las características antes mencionadas. Finalmente, es importante señalar que, no por el hecho que una cláusula esté inserta en un contrato de adhesión, se trata, per se, de una cláusula abusiva.

Ahora, antes de desarrollar sobre los tipos de cláusulas abusivas, corresponde desarrollar brevemente quién tiene legitimidad para denunciar la existencia de una cláusula abusiva. Al respecto, existen tres supuestos: i) cuando exista la cláusula abusiva pero esta no haya sido aplicada, ii) la cláusula ha sido aplicada al consumidor generando un daño al mismo, iii) cuando se denuncie la cláusula en defensa de intereses difusos o colectivos (ver Resolución N°2440-2018/SPC).

En el primer caso, la denuncia sería declarada improcedente al no existir afectación alguna, por lo que no existiría legitimidad para obrar. En el segundo escenario, la denuncia sí pasaría a ser analizada por la autoridad. Finalmente, en el tercer supuesto, la administración debe verificar si el contenido de la denuncia se trata efectivamente sobre intereses difusos o colectivos, o individuales; de ser una presunta transgresión a los intereses difusos o colectivos que, sólo una asociación de consumidores debidamente reconocida por el Indecopi puede interponer la denuncia actuando en nombre propio (ver Resolución N°2440-2018/SPC).

En ese sentido, toda vez que Aspec es una asociación reconocida por la administración, sí tiene legitimidad para denunciar la presunta existencia de una cláusula abusiva en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores.

2.1.2 ¿Cuáles son los tipos de cláusulas abusivas?

Sobre los tipos, es pertinente hacer la distinción toda vez que la resolución materia del presente trabajo señala que el impedimento del ingreso de productos

es una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, por lo cual es necesario conocer que implica una cláusula de ese tipo y como de diferenciaría de otra clase de cláusula abusiva.

El Código señala que encontramos dos tipos de cláusulas abusivas, de ineficacia absoluta y relativa, de acuerdo a los artículos 50° y 51°, respectivamente.

En cuanto a las de ineficacia relativa, estas deben ocasionar una desventaja al consumidor; que no se encuentre justificada y que la desventaja sea significativa de manera que la relación entre proveedor y consumidor esté desequilibrada (ver Resolución N°0682-2020/SPC). En el artículo 51°, se establece un listado de supuestos en los cuales nos encontramos frente a cláusulas abusivas de ineficacia relativa, como por ejemplo puede ser que se impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de derechos reconocidos en el contrato, modificación unilateral de contratos (salvo excepciones), prórrogas automáticas, que se establezcan procedimientos engorrosos para realizar quejas, o las que cambien unilateralmente en perjuicio del consumidor; siendo este un listado no cerrado o limitado.

Sobre las de ineficacia absoluta, aquellas que son parte importante de la resolución materia de análisis, estas son contrarias a lo dispuesto en el artículo 50° del Código, siendo que el artículo establece una lista taxativa de supuestos en los cuales nos encontramos ante una cláusula abusiva de eficacia absoluta. En dicho listado se determina que una cláusula como la mencionada es contraria a la normativa de orden público o de carácter imperativo, limita responsabilidad del proveedor, le facultan a resolver o prorrogar el contrato unilateralmente, o excluyen o limitan los derechos legales reconocidos de 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. Toda vez que en el presente caso se alega la presunta vulneración del derecho a la libre elección de los consumidores, derecho consagrado en el Código, corresponde realizar el análisis en base al artículo 50°.

En conclusión, en cuanto al primer supuesto, las cláusulas abusivas de ineficacia relativa deben evaluarse, en cada caso específico, que efectivamente se da una

desventaja al consumidor la cual no está justificada. Mientras, en el segundo supuesto, cláusulas abusivas absolutas, con el solo hecho de comprobarse su existencia, deben ser prohibidas y sancionadas.

2.1.3 ¿Cómo determina el Indecopi que se trata de una cláusula abusiva de ineficacia absoluta?

En pronunciamientos previos, la autoridad ha señalado los criterios mediante los cuales se puede resolver que nos topamos ante a una cláusula abusiva. En la Resolución N°0078-2012/SC2, se establecieron tres criterios a analizar para determinar la existencia de cláusulas abusivas:

- Genere una desventaja a los consumidores
- Analizando el contrato en su conjunto, no se justifique la desventaja impuesta
- Produzca una desventaja importante, que se genere un desequilibrio entre ambas partes

Ahora, es necesario señalar que el desbalance o desventaja al cual se refieren las cláusulas abusivas, como se mencionó previamente, no será analizado en base a términos económicos, como por ejemplo, en temas relacionados a precios, si no que será analizado el desbalance en base a derechos u obligaciones. En ese sentido, el análisis se realizará en base a términos jurídicos, esto es, las situaciones o roles que cada una de las partes acepta en el vínculo contractual relación contractual establecido tal como se menciona en la resolución antes mencionada. Asimismo, para dicho análisis, se debe tener en consideración la naturaleza de los productos o servicios que son objeto del contrato, así como la información que se haya brindado, de acuerdo a la Resolución N° 3152-2018/SPC (Caso Víctor Francisco Ramírez Arévalo vs. INTERVACATION CLUB E.I.R.L.).

Complementando lo señalado con doctrina extranjera, tal como lo hizo la Sala en la Resolución N° 0078-2012/SC2, podemos ahondar en el desarrollo de los criterios que ha establecido la autoridad para detectar las cláusulas mencionadas.

Al respecto, Posada menciona que son cuatro características que podemos analizar para determinar que existe una cláusula abusiva. Primero, señala que esta debe estar impuesta, es decir que nos referimos a una cláusula la cual no ha sido negociada por ambas partes, por el contrario, es impuesta por el predisponente al adherente, como ocurre generalmente en el ámbito de los contratos de adhesión (Posada, 2015, pp. 157 - 158). Como se mencionó previamente, las cláusulas abusivas se dan dentro del ámbito de contratos de adhesión, aquello no sería determinante para establecer la existencia de una cláusula como tal, de acuerdo con lo señalado en la Resolución N°0078-2012/SC2 por la Sala. Esto ya que dicho criterio o característica responde al concepto mismo de las cláusulas abusivas. Es importante mencionar que, a opinión de la Sala, una cláusula no negociada, no es una cláusula abusiva per se, pero una cláusula abusiva, necesariamente, no ha sido pactada por ambas partes.

Asimismo, Posada señala que, aquellas cláusulas que se refieren a las prestaciones fundamentales o esenciales del contrato no se entienden como impuestas en tanto el objeto del contrato ha sido determinado libremente por las partes, es decir, no podrían ser calificadas como cláusulas abusivas, salvo que no sean estipuladas claramente (2015, pp. 158), de manera similar, como lo señalaba la Directiva 93/13/CEE mencionada previamente.

Segundo, Posada menciona que, la cláusula debe generar un desbalance normativo, de acuerdo con el autor, las cláusulas abusivas tendrían que desequilibrar jurídicamente el contrato, es decir que se debe alterar el equilibrio de los derechos y obligaciones adquiridas con el contrato (2015, pp. s/n). Esta característica se condice con el tercer criterio establecido por la autoridad para precisar si estamos frente a una cláusula abusiva. Cabe señalar que, además, esto tiene relación con lo resuelto por la Sala en la Resolución N°0078-2012/SC2, las cláusulas abusivas se analizarán en base a términos jurídicos. Continuando, Posada indica que no serán determinadas como “cláusulas abusivas” las que varíen el equilibrio económico (2015, pp. s/n).

Tercero, Posada considera que en frente a una cláusula abusiva, el desequilibrio que esta genera debe ser injustificado, lo cual se condice con el segundo requisito establecido por la autoridad. Para el mencionado autor, esto significa que el desequilibrio jurídico que establezca el contrato debe relacionarse a los derechos y obligaciones de las partes (Posada, 2015, pp. s/n).

Por último, y en cuarto lugar, Posada indica que la cláusula abusiva sería contraria a la de buena fe. Por un lado, esto significa que la cláusula abusiva, en tanto desequilibra la relación contractual, desconoce o menoscaba derechos del consumidor y beneficia los intereses del proveedor, dejando de lado el deber de cooperación y violando el principio de buena fe (Posada, 2015, pp. s/n). De otro lado, en tanto el contrato elaborado por el proveedor contiene cláusulas abusivas, está defraudando la confianza del consumidor, siendo contrario al principio de buena fe (Posada, 2015, pp. s/n).

Si bien la última característica mencionada no se condice con alguno de los requisitos mencionados por la autoridad para el análisis de cláusulas abusivas, es importante reconocer que la buena fe es esencial en el ámbito contractual, por lo que no es de extrañarse que sea tomado en cuenta, en otras jurisdicciones, para el análisis de cláusulas abusivas.

2.2 ¿Limita los derechos de los consumidores la restricción del ingreso de alimentos?

2.2.1 ¿Qué implica el derecho a la libre elección de los consumidores?

Antes de ahondar en qué implica el derecho a la libre elección, resulta ser necesario conocer la base normativa del derecho. Como se mencionó previamente, en nuestra vigente Constitución Política, el artículo 65°, queda por sentado que el Estado defiende el interés de los consumidores. Dicho artículo ha sido desarrollado mediante distintas normas, siendo el Código el cual en el artículo 1°, establece un listado de derechos los cuales deben gozar los consumidores, dentro de ellos se encuentra el “derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos”.

Ahora, el derecho a elegir libremente se encuentra desarrollado en el artículo 1.1° inciso f). Esto implica “asegurar el acceso a una variedad de productos y servicios” (Fuentes y Sanchez, 2017, pp. 300). Esto quiere decir que, este derecho se torna efectivo cuando el mercado ofrece opciones, alternativas similares de un producto o servicio, con la finalidad que el consumidor pueda elegir, lo que significa que las restricciones a la competencia son perjudiciales para el consumidor (Comunicaciones CIUP, 2021). Asimismo, este derecho implica que las opciones que tiene el consumidor deben ser atractivas para este (Fuentes y Sanchez, 2017, pp. 303).

A mayor abundamiento, podemos decir que la libertad de elección tiene dos dimensiones, la primera se refiere a la libertad en el proceso de adopción de decisiones (libertad de proceso), y la segunda es la libertad respecto a la factibilidad del logro de oportunidades (libertad de oportunidad) (Ruiz, 2018, pp. 73-74). Respecto a la primera dimensión, la “libertad de proceso”, esta se refiere a la autonomía de las personas en el proceso de toma de decisiones y acciones, así como su derecho a que terceros no interfieran en ello (Ruiz, 2018, pp. 75). Sobre la segunda dimensión, la “libertad de oportunidad”, esta es la posibilidad real de que las decisiones de las personas se reflejen en resultados, es decir, la posibilidad de acceder a opciones que maximicen el bienestar o la satisfacción del consumidor (Ruiz, 2018, pp. 75-76). En vista a ello, de acuerdo con Ruiz, para que los consumidores puedan practicar la libre elección, se debe, desde el Estado o sociedad, brindar la posibilidad de acceso a los bienes, servicios y facilidades que les permitan satisfacer a plenitud dichas necesidades básicas (2018, pp.81).

Ahora, el derecho a elegir libremente, como todo derecho, presenta límites y no es absoluto. De acuerdo con Fuentes y Sanchez, son dos los límites a este derecho: precios competitivos, y disponibilidad y rentabilidad. El primero de los límites, sobre precios competitivos, se refiere a que el valor económico o monetario de un producto o servicio debe ser producto de la oferta y demanda (Fuentes y Sanchez, 2017, pp. 305). Esto se sostiene y se relaciona con el papel que ejerce el Estado en la economía, el rol que tiene de garantizar y promover la

libre competencia. De otro lado, el segundo de los límites al derecho a elegir libremente, es la disponibilidad y rentabilidad, esto quiere decir que no se le puede imponer al proveedor cargas que impliquen realizar numerosos esfuerzos con el objetivo de poder poner a disposición productos y/o servicios; además, en caso ofertar algún producto sea perjudicial económicamente para el proveedor, este no le será exigible (Fuentes y Sanchez, 2017, pp. 305).

2.2.2. ¿Cuál es el modelo de negocio de Cineplex?

De acuerdo al artículo 58° de la Constitución, la “iniciativa privada” es libre y debe ejercerse en una economía social de mercado, asimismo, en el artículo 59° de la Constitución, se establece que el rol económico del Estado Peruano implica la estimulación de “la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”. En este punto es importante desarrollar brevemente los conceptos de “libre iniciativa privada” y el “derecho de libertad de empresa” que han sido mencionados durante el desarrollo del trabajo.

Estos conceptos han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N.º 0008-2003-AI/TC, por un lado, sobre la libre iniciativa privada, se trata de un principio de nuestro modelo económico, la economía social de mercado, por el cual toda persona (natural o jurídica) tiene el derecho a desarrollar con autonomía la actividad económica que desee elegir. Por otro lado, el derecho a la libertad de empresa implica, de acuerdo al Tribunal Constitucional, la posibilidad de elegir la organización y desarrollo de la producción de bienes o servicios, es decir, implica elegir de manera autónoma la actividad económica a desarrollar.

En ese sentido, en base a la libre iniciativa privada y derecho a la libertad de empresa, podemos decir que Cineplex tiene el derecho a libremente determinar y elegir la actividad económica que desea desarrollar, mas no sería correcto de acuerdo a los fundamentos constitucionales mencionados que su actividad económica sea determinada o limitada por otros.

En la resolución final materia de análisis, la Sala determina que se la restricción se trata de una cláusula abusiva de ineficacia absoluta en base a, entre otras cosas, que el modelo de negocio de la denunciada solo se circunscribe a la proyección de películas mas no a la venta de alimentos. Discrepamos con la opinión de la Sala pues en realidad, el modelo de negocio de Cineplex se trata tanto de la proyección de películas como de la venta de alimentos en dulcería, es así que consideramos que no se evaluaron oportunamente los medios probatorios que obran en expediente, motivo por el cual la Sala emitió dicha opinión.

Obra en foja 406 y 407 del expediente N° 148-2017/CC2, la copia simple de la parte pertinente del Estatuto de Cineplex, Testimonio de la Escritura Pública del 1 de julio de 1999, otorgada ante Notario Público, donde consta el objeto social de la denunciada. Es así que podemos validar que de acuerdo a dicho documento, el negocio de Cineplex abarca tanto las actividades cinematográficas como la compra y venta de, textualmente, “todo tipo de golosinas, bebidas y alimentos, así como administrar las tiendas o establecimientos que expendan los productos antes mencionados”. A mayor abundamiento, obra en foja 408 y 409 la copia simple del Asiento A00001 de la Partida Electrónica N°11110067 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima por el cual se inscribe a Cineplex, en donde se puede corroborar la información antes mencionada, que el negocio de la denunciada corresponde a la proyección de películas y venta de alimentos.

Asimismo, en su “Memoria Anual 2016”, Cineplex declaró que su objeto social era “principalmente la exhibición de películas en las salas de cine que opera, así como cualquier otra actividad análoga al giro cinematográfico incluyendo la venta de productos de dulcería” (2017, pp. 5).

En ese sentido, ha quedado acreditado en diferentes documentos oficiales que el negocio de la denunciada también implica la venta de alimentos, por lo que la restricción se encontraba justificada, motivo por el cual no es coherente que la Sala haya omitido ello, ni que haya delimitado el negocio de Cineplex al momento de emitir su fallo.

En la resolución, la Sala hizo el análisis superficial del modelo de negocio de Cineplex, conforme a lo indicado en su ficha R.U.C, su giro o modelo de negocio se circunscribía a la proyección de películas, mas no en la venta en dulcería ni de alimentos. Es así que concluyen que la venta de productos alimentarios no es una actividad principal la cual se pone a disposición separada del servicio de proyección de películas. Y, determinaron que la restricción era una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limitaba los derechos de los consumidores, por consiguiente, declararon fundada la denuncia por infracción de los artículos 49 ° .1 y 50° inciso e).

Sin embargo, dicho análisis es errado y la decisión final resulta ser incorrecta. La Sala no tomó en cuenta lo manifestado por la denunciada en sus descargos, para determinar si efectivamente la restricción formaba parte del modelo empresarial de Cineplex. En sus descargos, Cineplex indicó que el impedimento del ingreso de productos se encontraba justificado, no resultaba lesivo y era parte de su derecho a la libre iniciativa privada y libertad de empresa consagrado en el artículo 59° de la Constitución Política de 1993, ya que su objeto social es, tanto, la proyección de películas y cualquier otra actividad relacionada al negocio cinematográfico, como también la venta de productos alimenticios.

La Sala, en ese punto, debió aplicar el principio de verdad material que hallamos en el TUO LPAG, el cual consiste en comprobar los hechos que sirven de motivo a sus decisiones. De acuerdo con Jimenez, en base a este principio, la administración deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivación para sus decisiones, en ese sentido, debe tomar las medidas probatorias necesarias, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados (2011, pp. 200).

Asimismo, en el artículo V inciso 8 del Código, se encuentra establecido el principio de primacía de la realidad el cual implica que la autoridad administrativa tiene la obligación de acreditar la verdadera naturaleza de las conductas y para ello debe considerar las situaciones y relaciones económicas que verdaderamente se efectúen, sin embargo, la Sala omitió la aplicación de dichos

principios. Nuevamente, citando a Jimenez, los hechos deben primar sobre los alegatos y deben ser validados o verificados por la administración para que tome una decisión al respecto (2011, pp. 202). De haber analizado los hechos efectivamente, pudo haber determinado que la venta en dulcería de alimentos sí resulta ser una actividad fundamental en el negocio de Cineplex.

En las memorias anuales remitidas a la Bolsa de Valores de Lima, Cineplex sí establece a la venta de productos de dulcería como una de las actividades que provee (Cineplex, 2017, pp. 5), siendo esta la segunda actividad de donde proviene la mayor parte de sus ingresos, específicamente, el 40% de los ingresos provenía de la dulcería (Cineplex, 2016, pp. 14). De cara al 2022, las ventas de las entradas al cine representaron el 44.6% de los ingresos totales de Cineplanet; y los ingresos por la venta de comida y dulces representó el 47.0% de los ingresos (Campos y Maldonado, 2023, pp. 3).

Por lo que podemos concluir que, primero, la autoridad intervino y delimitó el modelo de negocio de Cineplex; segundo, permitir la entrada de productos adquiridos fuera de las instalaciones, causa una afectación a Cineplex y su libertad de empresa, lo cual generaría un impacto económico perjudicial para el proveedor.

Ahora, es importante mencionar que, la decisión de la Sala en la Resolución N° 0219-2018/SPC resulta ser contradictoria con lo señalado en la Resolución N°0467-2018/SPC. Mientras que, en la primera, se indica que la venta de alimentos no es parte del modelo de negocio de Cineplex, en la Resolución N°0467-2018/SPC, con respecto a la aclaración sobre si la medida correctiva aplicaba también a las Salas Prime, la autoridad señaló que la medida no era aplicable en tanto que ese giro de negocio resulta diferente a las salas de cine regulares. Para ello, la Sala cita a pie de página a una nota periodística del RPP, en la cual se menciona que “las salas Prime han sido diseñadas precisamente para maximizar la comodidad y trato personalizado” (Redacción RPP, 2013). Contrario a lo que opina la Sala, consideramos que no se trata de un modelo distinto, sino que es el mismo servicio con un trato más exclusivo, en esencia, se sigue tratando de la proyección de películas y venta de productos alimenticios.

2.2.3 ¿Cineplex restringe el derecho a la libre elección de los consumidores?

Ahora, en este caso, el impedimento del ingreso de alimentos, de acuerdo a lo alegado por Aspec en su denuncia, vulneraba la libre elección, por lo cual se subsumía dentro del supuesto establecido en el artículo 50°, en tanto que una cláusula abusiva de ineficacia absoluta limitaba los derechos de los consumidores. Si bien en el artículo 50° inciso e), hace mención a diversos derechos mas no al de la libertad de elección, no consiste en una lista cerrada por lo que el derecho mencionado se encontraba dentro del supuesto para la Sala. Al respecto, consideramos que dicho análisis resulta ser erróneo y la restricción no constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta por las razones que pasaremos a detallar.

Como se explicó anteriormente, al realizar el análisis de cláusulas abusivas debemos analizar ciertos criterios, dentro de ellos, también corresponde tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que son objeto de contrato, pues el carácter abusivo de una cláusula no se referirá al objeto del contrato ni al precio del mismo. En ese sentido, toda vez que el modelo de negocio, el servicio ofrecido por Cineplex que es objeto de contrato, es la proyección de películas y la venta de alimentos, la restricción de ingresar alimentos comprados afuera del establecimiento no podía considerarse como una cláusula abusiva en tanto esta se encuentra justificada en el servicio ofrecido.

Tal como quedó establecido en el apartado anterior, es evidente que el modelo de negocio, el servicio ofrecido por Cineplex, además de la proyección de películas, es la venta de alimentos, por lo que la restricción no es una cláusula abusiva y se justifica en el servicio objeto de contrato (la venta de alimentos). Levantar esta restricción o dejar de aplicarla afecta directamente al servicio que brinda Cineplex, además de afectar económicamente, pues, como vimos previamente, la mayor parte de los ingresos de la denunciada provienen de la venta de alimentos. Podemos comparar esta situación con la de negocios como restaurantes o cafeterías, en donde el giro principal de dichos establecimientos también es la venta de alimentos, obligar a dichos negocios a permitir el ingreso

de comida comprada fuera de sus locales resulta ilógico y perjudicial para dichos comercios.

En ese sentido, en este caso, al encontrarnos frente una restricción debidamente justificada en el servicio brindado por Cineplex, no nos encontramos en un supuesto en donde se configure una cláusula abusiva.

Ahora, sin perjuicio de ello, pasaremos a analizar si nos enfrentamos ante una cláusula abusiva de ineficacia absoluta. El artículo 50° del Código hace mención a una lista taxativa de supuestos específicos de cláusulas abusivas de ineficacia absoluta, siendo que dentro de ellas no se menciona textualmente que restringir el ingreso alimentos a establecimientos configura una cláusula abusiva. Asimismo, en la resolución final, la Sala tampoco ha hecho mención a cuál es la norma imperativa o de orden público que infringe dicha restricción, de acuerdo al artículo 50° literal h). De acuerdo a la resolución final, y en base a la denuncia de Aspec, el artículo 50° inciso e) del Código, menciona a diversos derechos sin embargo, no consiste en una lista cerrada por lo que el derecho a la libre elección de los consumidores se encontraba dentro del supuesto del artículo, y es en base a ello que se realizará el análisis.

Recordemos que en la Resolución N°0078-2012/SC2, establecieron tres criterios a analizar para determinar la existencia de cláusulas abusivas:

- Resulte en una desventaja a los consumidores,
- No se justifique la desventaja impuesta,
- Se genere una desventaja significativa que desequilibre la relación entre las partes

Asimismo, en el artículo 49°, se señalan tres criterios los cuales analizar en situaciones que se considera abusiva a una cláusula: i) no haya sido negociada individualmente ii) sea opuesta a la buena fe, y iii) ubiquen al consumidor en una situación perjudicial o anulen sus derechos.

Como se dijo previamente, la cláusula abusiva debe producir un desbalance jurídico, debe alterar el equilibrio de los derechos y obligaciones adquiridas con el contrato, y no son abusivas aquellas que varíen el equilibrio económico de ambas partes. (Posada, 2015). En la Resolución Final N°0219-2018/SPC, la Sala determinó que el derecho afectado por la restricción era el derecho a elegir libremente toda vez que no se le permitía a los consumidores elegir alimentos ofertados fuera de los establecimientos de Cineplex, siendo que la oferta del proveedor es más costosa en comparación a los alimentos que pueden ser adquiridos a las afueras del cine. También se hace mención a la calidad de los alimentos, pero lo cierto es que cuestionar que la calidad no se condice con el precio al cual se oferta el producto, como en la denuncia inicial de Aspec, es cuestionar el precio en sí, toda vez que la idea detrás es que por dicho producto debería pagarse menos de lo que solicita el proveedor.

En ese sentido, la Sala consideró que nos encontrábamos frente a una cláusula abusiva en tanto que se habría generado un desequilibrio económico, mas no un desequilibrio jurídico respecto a los derechos y obligaciones ganados con el contrato de consumo. En ese sentido, la observación de la Sala resulta ser equivocada, al no existir un desequilibrio jurídico, no podemos decir que nos estamos ante una cláusula abusiva, como se indicó previamente, no son abusivas las cláusulas que alteran el equilibrio económico. Por lo que, bajo los considerandos de la Sala, no podía concluirse que se trataba de una cláusula abusiva de ineficacia absoluta.

Es preciso criticar, que los criterios analizados por Sala para resolver si estábamos ante la existencia de una cláusula abusiva, no fueron los más apropiados. La autoridad analizó: i) que no haya existido una negociación de ambas partes acerca del contenido de la cláusula cuestionada, y (ii) que se haya generado desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes en menoscabo del consumidor.

Respecto al primer criterio que analizó la Sala, que no haya existido una negociación, de la misma manera en que se indicó con anterioridad, que la cláusula abusiva no haya sido negociada corresponde al concepto mismo de las

cláusulas abusivas, por lo que su análisis no ha sido relevante ni pertinente para resolver el caso. Sobre el segundo criterio analizado, el desbalance injustificado entre los beneficios, riesgos y costos asumidos en perjuicio del consumidor, consideramos que debió analizarse si las cláusulas colocan al consumidor, en una situación de desventaja o anulaban sus derechos. Esto ya que el criterio usado, al mencionar el tema de “costos” pudo haber sido malinterpretado dejando a entender que los desequilibrios económicos podrían ser considerados como cláusulas abusivas, sin embargo, eso no es correcto.

Entonces, la Sala consideró que se trataba de una “cláusula abusiva de ineficacia absoluta” pues se vulneraba el derecho a la libre elección. El análisis realizado en base a términos económicos es errado, sin embargo, es preciso analizar si es que se vulneró la libre elección.

Como se mencionó, este derecho implica tener a disposición una variedad de productos y servicios, además tiene dos dimensiones, la libertad de proceso y la libertad de oportunidades. Siendo la más importante y la que se encuentra en debate en este caso, la libertad de proceso, o autonomía para tomar decisiones, en este caso, el consumidor conociendo las restricciones aplicables, puede decidir si contratar con Cineplex y consumir únicamente los alimentos que allí se ofrecen, puede decidir no contratar e ir a otra cadena de cine ya que existen otros proveedores que brindan un servicio similar; o contratar mas no consumir los alimentos que allí se ofrecen ni ingresar alimentos comprados fuera del establecimiento. Y, debemos recordar, que el elegir con libertad entre productos y servicios, como todo derecho, tiene límites.

El primer límite es que el valor económico de un producto debe ser resultado de la oferta y demanda, por lo que no puede ser determinado por el Estado. La Sala, al levantar la restricción, implícitamente ha determinado que, efectivamente, Cineplex ofrecía productos a precios costosos, lo cual escapa del rol del Estado en la economía.

Por otro lado, sobre el segundo límite, la disponibilidad y rentabilidad, al levantar la restricción, la Sala le ha impuesto a Cineplex la carga de continuar ofreciendo

la proyección de obras audiovisuales, viendo mermados sus ingresos. Esto, toda vez que su actividad más rentable (la venta de alimentos), sufriría una reducción cuantitativa al poder permitirle al consumidor ingresar alimentos comprados fuera del establecimiento, siendo su actividad principal de negocio conjunto con la proyección de películas, con lo cual la restricción se encuentra justificada en la rentabilidad y disponibilidad.

En ese punto, resulta pertinente mencionar a la resolución C.P.C N°1125 del 30 de junio del 2000 de la Comisión Preventiva Central de Chile, la cual determina que está prohibido entrar a las salas de cine con alimentos comprados a las afueras de estos. Este fallo, si bien se dio desde el ámbito de la libre competencia, estableció algo muy importante y relacionado a este punto. La Comisión Preventiva Central de Chile señaló que, si bien los precios de los alimentos en los establecimientos son más altos, esto no significa que estén aprovechando posición dominante alguna. Los precios están determinados a obtener un margen de ganancias en el negocio (ver Resolución C.P.C N°1125 de la Comisión Preventiva Central de la República de Chile).

Asimismo, es pertinente mencionar un pronunciamiento actual, la Resolución Final N° 2496-2023 de la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 que versa sobre un caso similar al del presente informe. Dicho pronunciamiento versa sobre la denuncia de la Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Ancash (en adelante ACUREA), a la Operadora Peruana de Cines S.A.C. (en adelante Cinépolis), en donde se alega, entre otras cosas, que el proveedor presuntamente infringió el artículo 50° del Código al no permitir el ingreso a sus locales de alimentos comprados en el exterior, lo cual constituiría una cláusula abusiva de ineficacia absoluta. En la resolución final, la Comisión concluye que, ya que el modelo de negocio de Cinépolis comprende la venta de alimentos y proyección de películas, no tiene sentido que, un consumidor pretenda ingresar alimentos para su consumo en las salas de cine; por lo que, no se advierte que la cláusula califique como abusiva, es decir, que la restricción se encuentra justificada.

Ahora, no está de más analizar si dicha restricción resultaba en un desequilibrio jurídico entre las partes, con vista a analizar si se trataba de una cláusula abusiva pero de ineficacia relativa. Como se indicó a lo largo del informe, las cláusulas abusivas, el desequilibrio que generan no se mide en términos económicos si no jurídicos.

En un primer momento, en la denuncia inicial, Aspec señala que los consumidores están obligados a pagar inclusive cinco veces el costo de los alimentos que ofrece Cineplex, lo cual vulneraba la libre elección. Empero, el denunciante estaba midiendo el “desequilibrio” en términos económicos, cuantitativos, lo cual es incorrecto para aducir la existencia de una cláusula abusiva. En su apelación, según obra en foja 138 del expediente, los denunciantes señalaron que no pretendían que la autoridad se pronuncie sobre los precios, sino sobre la libre elección. Como quedó sentado dentro del párrafo precedente, este derecho no ha sido vulnerado.

En conclusión, tampoco nos estábamos ante a una cláusula de ineficacia relativa, por lo que la decisión final, es errada.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

La presente investigación y análisis del expediente seleccionado, nos ha permitido arribar a dos conclusiones. Como primera conclusión, podemos afirmar que la Secretaría Técnica enfrenta dificultades al momento de imputar el tipo infractor específico, cuando se trata de cláusulas abusivas. Tal como se evidenció, se realizó una incorrecta formulación de cargos, al no encauzar el procedimiento imputando los tipos infractores más específicos y apropiados para el caso. Simplemente se ciñó, literalmente, a lo que alegaron los denunciantes y, si bien la resolución admisorio cumplía con el objeto del acto administrativo, pues estaba compuesto por lo alegado por los denunciantes y/o administrados, no se cumplió con el deber de encauzamiento. Por lo tanto, la nulidad parcial de la Sala, fue correctamente establecida.

Como segunda conclusión podemos afirmar que, pese a que la Sala encauzó correctamente el procedimiento, emitió un pronunciamiento errado al determinar

que el impedimento del ingreso de productos comprados a las afueras de los recintos de Cineplex resultaba ser una cláusula abusiva de ineficacia absoluta. Por un lado, no se consideró, al momento de realizar el análisis, que el modelo de negocio de Cineplex, los servicios que son objeto de contratación, abarcan la proyección de películas y la venta de alimentos. Por lo tanto, ya que la restricción regula el objeto del contrato, no constituye una cláusula abusiva y se encuentra justificada. En ese sentido, no se configura el supuesto de hecho para considerar que estábamos ante una cláusula abusiva de ineficacia absoluta.

Además, como se indicó a lo largo del trabajo, se hizo un análisis incorrecto en tanto se determinó que se había vulnerado el derecho a la libre elección. La Sala juzgó que constituía una cláusula abusiva, toda vez que se habría generado un desequilibrio económico, mas no un desequilibrio jurídico respecto a derechos y obligaciones del contrato de consumo. De modo que, el análisis de la Sala resulta ser equivocado pues, al no existir un desequilibrio jurídico, no podemos decir que era una cláusula abusiva.

Tras analizar si efectivamente se vulneró la libre elección de los consumidores, podemos concluir que ello nunca quedó acreditado. El consumidor haciendo uso de su voluntad, se adhiere a las condiciones que establece Cineplex. Sin perjuicio de ello, también el consumidor puede decidir si contratar con Cineplex y consumir únicamente los alimentos que allí se ofrecen, puede decidir no contratar e ir a otra cadena de cine ya que existen otros proveedores que brindan un servicio similar; o contratar y no consumir los alimentos que allí se ofrecen ni ingresar alimentos comprados fuera del establecimiento.

La Sala, al haber determinado que el desequilibrio económico se trataba de una cláusula, de un lado, restó de valor los pronunciamientos previos en donde se desarrollan los criterios para resolver si se trata de una cláusula abusiva, e instauró un criterio que dista completamente de lo que establece la doctrina sobre las cláusulas abusivas. De otro lado, bajo el análisis que realizó, aplicó una medida correctiva la cual resulta lesiva a derechos como la libre iniciativa privada y libertad de empresa del denunciado. En ese sentido, dicha medida debería ser cuestionada en otras instancias.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

1. Agurto, K.. (2019). La imputación de cargos como atribución de la Administración Pública en los Procedimientos Administrativos de Protección al Consumidor [Tesis para optar el título de Abogado]. Universidad de Piura.
2. Arana, M. (2010). Contrato de consumo: Cláusula abusiva. Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual, 10, pp. 59-91.
3. Carballo, M. (2022). La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas. CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, 14 (1), 65-87. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6678>
4. Comunicaciones CIUP. (2021). Derechos del Consumidor: El poder detrás del consumo. 2023, mayo 12, de Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Sitio web: <https://ciup.up.edu.pe/analisis/derechos-del-consumidor-el-poder-detras-del-consumo/>
5. Danós Ordóñez, J. (2010). ¿Constituye el acto administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano?. Revista De Derecho Administrativo, 9, pp. 21-37. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13703>
6. De La Puente, M. (2017). El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil (Tomo I). Palestra Editores S.A.C
7. Escobar Rozas, F. (2011). Entendiendo el mercado: la contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa. Advocatus, (024), 139-158. Recuperado a partir de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/3178/3088>
8. Fuentes Véliz, J. A., & Sánchez Velasquez, D. (2017). Delimitación del Derecho a Elegir Libremente entre Productos y Servicios. Derecho & Sociedad, (49), 297-306. Recuperado a partir de

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19896>

9. Gual, J.. (2016). Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción. *Revista Verba Iuris*, 11 (36), pp. 113-134. Recuperado a partir de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1017/787>
10. Guzmán, C. (2011). La Autoridad Administrativa o la Administración Pública como sujeto de relaciones jurídicas procesales. En *Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo* (Ed.), pp. 2023-258 (pp. Lima). Editorial Tinco S.A. Recuperado a partir de: https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2275_tratado_de_la_administracion_publica.pdf
11. Jiménez Murillo, R. (2011). Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67), 189-206. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.009>
12. Ministerio de Cultura (2021). ¿Cómo vamos en el consumo de cine y audiovisual en el Perú? Análisis de indicadores de asistencia al cine y adquisición de contenidos de video desde el 2016 al 2019. Lima: Ministerio de Cultura. Recuperado a partir de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1857070/Reporte%20de%20Consumo%20de%20cine.pdf?v=1619569919>
13. Posada, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 29, pp. 141-182.
14. Rejanovinschi, M. (2017). Hacia la protección del consumidor en la comunidad andina. *Anuario de investigación del CICAJ 2016*. Recuperado a partir de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/110987>
15. Rodríguez, G. (2010). El fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del consumidor". *Actualidad Jurídica*, 202, pp. 45 - 48.
16. Roppo, V. (2009). El Contrato. *Gaceta Jurídica*
17. Ruiz, G. (2018). Soberanía del consumidor y libertad de elección en países en desarrollo. *Revista de Economía Institucional*, 20 (38), pp. 71-95. Recuperado a partir de:

Documentos oficiales

1. Cerrón, L. & otros (2019). Lineamientos sobre Protección al Consumidor. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi. Recuperado a partir de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1676261/Lineamientos_Protecci%C3%B3n_Consumidor_2019.pdf.pdf?v=1613493169
2. Campos, G. & Maldonado, O.. (2023). Cineplex S.A. (Cineplanet), Reporte de Clasificación. Apoyo & Asociados. Recuperado a partir de: <https://www.aai.com.pe/wp-content/uploads/2021/11/Cineplanet-Set-21-1er-Programa.pdf>
3. Cerrón, L. & otros (2022). Lineamientos sobre Protección al Consumidor. Actualización 2022. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi. Recuperado a partir de https://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/126949/Lineamientos_Proteccion_Consumidor_2022/323fd855-95e6-7669-7c3f-061fa7e48158
4. Cineplex S.A. (2017). Memoria Anual 2016. Recuperado a partir de <https://www.bvl.com.pe/emisores/detalle?companyCode=72840>
5. Expediente N° 148-2017/CC2
6. Redacción RPP. (2013). Cineplanet anunció apertura de las primeras salas Prime en el Perú. 2023, mayo 12, de RPP. Sitio web: <https://rpp.pe/economia/negocios/cineplanet-anuncio-apertura-de-las-primeras-salas-prime-en-el-peru-noticia-564385>
7. Resolución N° 0078-2012/SC2
8. Resolución N°1924-2014/SPC
9. Resolución N° 850-2017/CC2
10. Resolución N° 2440-2018/SPC
11. Resolución N° 3399-2018/SPC
12. Resolución N° 3152-2018/SPC
13. Resolución N° 3684-2018/SPC
14. Resolución N° 2884-2019/SPC

15. Resolución N° 0682-2020/SPC
16. Resolución N° 0175-2021/SPC
17. Resolución N° 1432-2022/SPC
18. Resolución N° 1988-2021/SPC
19. Resolución N° 2717-2021/SPC
20. Resolución N° 2496-2023/CC2
21. Resolución C.P.C N°1125 de la Comisión Preventiva Central de la República de Chile
22. Sentencia N.º 0008-2003-AI/TC

Legislación

1. Constitución Política del Perú de 1993
2. Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, 01 de septiembre de 2010.
3. Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, 24 de junio de 2008.
4. Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, 22 de enero de 2019.
5. Directiva N°001-2021-COD-INDECOPI, Directiva Única que regula los procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, 01 de mayo de 2021.
6. Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR - SEDE LIMA SUR N° 2

PROCEDIMIENTO DENUNCIANTE : DE PARTE ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS – ASPEC

DENUNCIADA MATERIAS : CINEPLEX S.A.
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 Cineplex S.A., 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.*

Asimismo, se declara la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 850-2017/CC2, en los extremos que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la conducta consistente en que Cineplex S.A. 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 Cineplex S.A., 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 850-2017/CC2, en los extremos que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la presunta falta de Cineplex S.A. 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 Cineplex S.A., 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, 2 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 Cineplex S.A.¹ (en adelante, Cineplex) 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) Cineplex 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 los consumidores 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 había sustentado y/o explicado la restricción señalada en su cartel, la cual estaba referida a la prohibición de ingreso a las salas de cine con

¹ R.U.C. 20429683581, con domicilio fiscal en Av. José Larco Nro. 663 (Pisos 4-5) Lima - Lima – Miraflores.

- productos alimenticios que no hubieran sido comprados en su establecimiento; y,
- (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 a la Comisión en calidad de 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 Cineplex 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 Cineplex S.A., 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 contarían con productos alimenticios saludables.”*
4. En sus descargos, Cineplex manifestó lo siguiente:

- (i) Los precios que fijaba en su establecimiento los regulaba en base a la oferta y demanda del mercado, es decir, ejerciendo su derecho de libertad de empresa;
 - (ii) el precio de los productos que ofrecía, a través de sus confiterías no podía ser atribuido como una condición del contrato, ya que era un elemento esencial, por lo que, no encajaría en el supuesto de la norma para ser considerado como una práctica abusiva;
 - (iii) su actividad económica no solo se circunscribiría a la proyección de obras cinematográficas, sino también al expendio de productos comestibles como acompañamiento a la actividad principal, razón por la cual resultaba lógico que se hubiera creado una restricción a la entrada de productos adquiridos fuera de su establecimiento;
 - (iv) la restricción efectuada para que los consumidores no ingresen a sus salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera de su establecimiento se encontraba justificada pues no solo se dedicaba a la proyección de películas, sino a diversas actividades económicas conexas, como lo era el expendio de productos alimenticios; y,
 - (v) los alimentos que expendía en sus confiterías eran elegidos de acuerdo con su derecho de libertad de empresa.
5. Mediante Resolución 850-2017/CC2 del 26 de mayo de 2017, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Declaró infundada la denuncia presentada por Aspec contra Cineplex, 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 850-2017/CC2, señalando lo siguiente:
- (i) Cineplex 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;
 - (ii) además, resultaba un método comercial coercitivo el 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 contra el derecho de los consumidores a la libre elección entre productos idóneos y de calidad que se ofrecían en el mercado, toda vez que en la práctica serían obligados a consumir o tomar solo los productos que ahí se ofrecían, negando la posibilidad de alimentarse de manera saludable, siendo que no se vendía en las salas de cine productos tales como: frutas frescas (manzana, pera, mandarina, plátano, etc.), secas (pecanas, castañas, almendras, etc.) o sandwiches 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 había señalado que permitir que un usuario lleve su manzana para consumirla mientras observaba la película, o una galleta integral sin gluten –porque así se lo recomendaba el médico–, perturbaría la tranquilidad del establecimiento; no obstante, un pan con chorizo, un *hot dog* u otras presentaciones de comida chatarra que vendería el cine, no perturbarían dicha tranquilidad, lo cual resultaba discriminatorio;
 - (vi) un modelo de negocio no podría estar por encima de los derechos de los consumidores, ni podría vulnerarlos;
 - (vii) resultaba absurdo señalar que, a efectos que no se vulneren los derechos de los consumidores, bastaba que las empresas informaran respecto de la referida restricción a los consumidores para que éstos tomaran 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 2 de octubre de 2017, Aspec solicitó el uso de la palabra.
 8. El 8 de noviembre de 2017, Cineplex contestó el recurso de apelación presentado por Aspec, reiterando los argumentos expuestos en el presente procedimiento, referidos a que no se trasgrediría norma alguna de protección al consumidor; y, solicitando que se confirme la resolución apelada. Indicaron que, su actividad económica no solo se circunscribiría a la proyección de obras cinematográficas, sino también al expendio de productos comestibles como acompañamiento a la actividad principal; por lo que tenía lógica la restricción en cuestión, siendo que la misma se aplicaba a distintas clases de eventos, tales como: encuentros deportivos, conciertos, centros de recreación nocturnos o discotecas, entre otros, a efectos de no perjudicar una fuente de ingreso económico directo; sin embargo, ello no implicaba trasgresión a algún derecho al consumidor. Finalmente, agregaron que, los proveedores tenían la potestad de regular los términos y condiciones de acceso a los servicios que brindaba, premisa que iba acompañada de la libertad contractual y el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.
 9. El 25 de enero de 2018, Aspec presentó copia de los siguientes documentos: (i) 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) en idioma 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 presunto 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.
 10. Mediante Requerimiento 010-2018/SPC del 26 de enero de 2018, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó a Aspec que presentara 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) debidamente traducidas al idioma español.
 11. El 30 de enero de 2018, Aspec presentó copias de las resoluciones emitidas por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil, traducidas de manera simple en idioma español.

12. El 2 de febrero de 2018, se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la sola asistencia del representante de Aspec.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

13. En el presente caso, este Colegiado determinará:

- (i) Si Cineplex 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 Cineplex 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 Cineplex 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 Cineplex 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 Cineplex el cumplimiento de una medida correctiva;
- (vi) si corresponde sancionar a Cineplex; y,
- (vii) si corresponde condenar a Cineplex 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.

14. 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.

² LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 47°.- 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.

15. 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.
16. Por otra parte, el artículo 57° del Código⁴ señala 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.
17. La Comisión declaró infundada la denuncia contra Cineplex 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.
18. En su recurso de apelación, la Asociación señaló que Cineplex estaría 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 desproporcionalmente en las salas de cine, además, que 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.
19. Sobre el particular, es necesario indicar que el artículo 4° del Decreto Legislativo 757, Ley marco para el crecimiento de la inversión privada (en adelante, el Decreto Legislativo 757) prescribe lo siguiente:

³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 48°.- 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 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.

“LEY MARCO PARA EL CRECIMIENTO DE LA INVERSIÓN PRIVADA

(...)

TÍTULO II. DE LA ESTABILIDAD JURÍDICA DEL RÉGIMEN 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.”

20. Conforme la Sala ha señalado en anteriores pronunciamientos⁵, la finalidad de esta norma es evitar que la Administración Pública o cualquier entidad 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.
21. 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.
22. Lo señalado demuestra que Cineplex 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 cual sería el adecuado para los consumidores.
23. Asimismo, es pertinente indicar en este punto, cómo la legislación y doctrina comparadas resaltan, a su vez, que las normas sobre cláusulas abusivas no

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

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.

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

24. 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.

25. Por tanto, corresponde confirmar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Cineplex 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 Cineplex 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 850-2017/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

26. 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 252° de la referida norma⁸ dispone que, para ejercer la potestad sancionadora, la

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 252°.- 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:

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.

27. 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.
28. En su denuncia, Aspec manifestó que Cineplex 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.
29. 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.
30. En ese contexto, mediante Resolución 850-2017/CC2 del 26 de mayo de 2017 la Comisión declaró infundada la denuncia de Aspec en contra de Cineplex 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.
31. Sobre el particular, este Colegiado considera que la conducta referida a que Cineplex 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

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.

58°.1 del Código⁹ hace referencia a la presunta existencia de métodos comerciales coercitivos o engañosos, a través de figuras como: el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo; tipificación que a criterio de esta Sala no recoge lo denunciado en el presente caso.

32. Por lo expuesto en los párrafos precedentes, corresponde declarar la nulidad parcial de la Resolución 1 y de la Resolución 850-2017/CC2 que imputaron y se pronunciaron, respectivamente, sobre la conducta consistente en que Cineplex 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

33. 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.
34. 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.
35. 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

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.

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.

36. 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 Sao 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.
37. 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.
38. 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 24° 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, siendo

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/dictamenes/Dictamen%201125-2000.pdf>. Fecha de consulta: 2 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: 2 de febrero de 2018.

¹² Ver fojas 141 a 175 y 190 a 221 del expediente.

¹³ Información extraída de: <http://www.elpaisonline.com/index.php/blogs/ellas-y-ellos/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: 2 de febrero de 2018.

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.

39. 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.
40. 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 de

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: 2 de febrero de 2018.

¹⁶ LEY N° 24.240. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. CAPITULO III. CONDICIONES DE LA OFERTA Y VENTA. ARTICULO 8° 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 actuare en nombre del proveedor.

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

(...)

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.

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.

41. 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.
42. 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.
43. 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 89°.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: 2 de febrero de 2018.

²⁰ Información extraída de: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/101.pdf>. Fecha de consulta: 2 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: 2 de febrero de 2018.

44. 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.
45. 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

46. 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.
47. 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 consumidor en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus

²² Información extraída de: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/101.pdf>. Fecha de consulta: 2 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.

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.

48. 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.
49. 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).
50. 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 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,*

51. 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.
52. 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.
53. 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 50°²⁷ y 51°²⁸ de dicho cuerpo normativo, los mismos que enumeran

Manuel “Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor”, Themis – Revista de Derecho, Segunda Época, 1995, N° 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 ineficacia absoluta.**

Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

- a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.
- b. Las que faculten al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- 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 ineficacia relativa.**

De manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, las siguientes:

- a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.
- b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas

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

54. 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.
55. 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 ineficacia relativa (reguladas en el artículo 51^o), pues las de ineficacia absoluta (recogidas en el artículo 50^o) son abusivas *per se*, sin que sea necesario un análisis de vejatoriedad posterior²⁹.
56. En el presente caso, Aspec denunció a Cineplex 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.
57. La Comisión declaró infundada la denuncia contra Cineplex 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, esta -en este tipo de servicios- se encontraba justificada y resultaba ser una práctica usual en el mercado.
58. 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 ofrecen en el mercado, toda vez que en la práctica serían obligados a

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 aquel 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.

consumir o tomar solo los productos que ahí se ofrecen, negando a los consumidores la posibilidad de alimentarse de manera saludable.

59. En su defensa, Cineplex señaló que su actividad económica no solo se circunscribiría a la proyección de obras cinematográficas, sino también al expendio de productos comestibles como acompañamiento a la actividad principal, por lo que resultaba lógica la restricción en cuestión, siendo que la misma se aplicaba en distintas clases de eventos, tales como: encuentros deportivos, conciertos, centros de recreación nocturnos o discotecas, entre otros, a afectos de no perjudicar una fuente de ingreso económico directo, siendo que, ello no implicaba alguna trasgresión de algún derecho al consumidor. Finalmente, agregó que, los proveedores tendrían la potestad de regular los términos y condiciones de acceso a los servicios que brindaban, premisa que iría acompañada de la libertad contractual y el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.
60. Obra en el expediente en calidad de medio probatorio, la fotografía de un aviso colocado por Cineplex en una de sus salas de cine³⁰, en el cual se establece la prohibición de ingreso de alimentos y/o bebidas ajenas a la empresa, conforme se aprecia a continuación:



61. 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.

³⁰ Ver a foja 9 del expediente.

62. 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.
63. 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.
64. Teniendo en consideración, que nos encontramos ante un contrato de adhesión y a efectos de analizar la responsabilidad de Cineplex 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.
65. Sobre el particular, el artículo 65° de la Constitución Política del Perú señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios³². A fin de cumplir con dicho deber de defensa, el artículo 1°.1 literal c) del Código reconoce el derecho de los consumidores a la protección de sus intereses económicos. De igual manera, el artículo 1°.1 literal f) del Código establece el

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.

³² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. 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 encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población.

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 mercado³³.

66. 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 mercado³⁴. 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.
67. 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”*³⁵.
68. 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, siendo que este

³³ **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:

(...)

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.

(...)

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.

(...).

³⁴ **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.

(...)"

³⁵ **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.

(...).

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.

69. De la revisión de la cláusula en cuestión, se desprende que ésta tiene como finalidad limitar el derecho de los consumidores a elegir libremente los productos que desea adquirir, entre productos y servicios idóneos y de calidad; así como el lugar donde desea comprarlos.
70. Así, en el presente caso, se advierte que tal restricción obliga a los consumidores a aceptar la condición establecida por el proveedor de adquirir los productos en el interior de sus cines, si desea ingresar a éstos. 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.
71. 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.
72. 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.
73. Por otro lado, esta Sala considera pertinente precisar que no desconoce las libertades consagradas en los artículos 58^{o36} y 59^{o37} de la Constitución Política del Perú, referidas a la libertad de empresa e iniciativa privada; no obstante,

³⁶ **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.

³⁷ **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.

considera 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 usuarios³⁸.

74. 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, respetando 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 58° de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17) del artículo 2° 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 59° 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)

³⁸

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

75. 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.
76. Asimismo, de la revisión y valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, esta Sala advierte que Cineplex 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.
77. 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 Código³⁹. 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.
78. Así, conforme se ha señalado en el considerando cincuenta y cinco (55) 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*.
79. A mayor abundamiento, se debe considerar que si bien Cineplex ha indicado que su actividad económica no solo se circunscribiría a la proyección de obras cinematográficas, sino también al expendio de productos comestibles como acompañamiento a la actividad principal por lo que era lógica la restricción en cuestión; de la revisión de su ficha R.U.C. (20429683581) a la fecha, se aprecia que este tiene como actividad económica principal "*actividades de exhibición de películas cinematográficas y cintas de video*"; y, como actividad secundaria "*actividades de distribución de películas cinematográficas, videos y programas de televisión*"⁴⁰, no apreciándose que tenga alguna actividad

³⁹ **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.

⁴⁰ Información extraída de <http://e-consultaruc.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/jcrS00Alias>. Fecha de consulta: 2 de febrero de 2018.

referida a la venta o comercialización de productos alimenticios, conforme se aprecia a continuación:

CONSULTA RUC: 20429683581 - CINEPLEX S.A	
Número de RUC:	20429683581 - CINEPLEX S.A
Tipo Contribuyente:	SOCIEDAD ANONIMA
Nombre Comercial:	CINEPLANET
Fecha de Inscripción:	14/07/1999
Fecha Inicio de Actividades:	14/07/1999
Estado del Contribuyente:	ACTIVO
Condición del Contribuyente:	HABIDO
Dirección del Domicilio Fiscal:	AV. JOSE LARCO NRO. 663 (PISOS 4-5) LIMA - LIMA - MIRAFLORES
Sistema de Emisión de Comprobante:	MANUAL/MECANIZADO/COMPUTARIZADO
Actividad de Comercio Exterior:	SIN ACTIVIDAD
Sistema de Contabilidad:	COMPUTARIZADO
Actividad(es) Económica(s):	Principal - 5914 - ACTIVIDADES DE EXHIBICIÓN DE PELÍCULAS CINEMATOGRAFICAS Y CINTAS DE VIDEO Secundaria 1 - 5913 - ACTIVIDADES DE DISTRIBUCIÓN DE PELÍCULAS CINEMATOGRAFICAS, VIDEOS Y PROGRAMAS DE TELEVISIÓN

80. 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.
81. En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala concluye que la referida restricción consistente en la prohibición de ingresar con alimentos y/o bebidas ajenas al establecimiento comercial de la denunciada constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores. Por lo que, corresponde revocar la resolución recurrida en este extremo que declaro infundada la denuncia contra Cineplex; 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 cual se restringía el ingreso de los consumidores con productos alimenticios no adquiridos en las salas de cine
82. El artículo 10° 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 regular⁴¹.

41

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:
(...)

83. 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 40° 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.
84. Bajo tal premisa, este Colegiado considera que no resulta razonable analizar la responsabilidad de Cineplex 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.
85. A mayor abundamiento, cabe precisar que el análisis respecto al carácter objetivo y justificado de la restricción de acceso impuesta por Cineplex se ha realizado en el acápite anterior.
86. 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 850-2017/CC2 en el extremo que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la presunta falta de Cineplex 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 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

87. El artículo 65° de la Constitución Política del Perú señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios⁴². A fin de cumplir con dicho deber de defensa, el artículo 1°.1 literal f) del Código establece el derecho de

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.

⁴² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. 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 encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población.

los consumidores a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado⁴³.

88. La Comisión declaró infundada la denuncia contra Cineplex, 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.
89. 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.
90. Al respecto, esta Sala comparte lo señalado por la Comisión, al señalar que el hecho de que la autoridad administrativa exija y/o obligue a Cineplex o a cualquier otro proveedor a vender algún tipo de alimentos (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, desnaturalizando su auto-organización empresarial.
91. Sobre el particular, cabe precisar que, a la fecha no existe norma legal alguna que obligue a Cineplex a comercializar determinados tipos de productos en sus salas de cine, contando estos con el derecho de elegir libremente los productos que desee adquirir.
92. Finalmente, corresponde señalar que incluso el representante legal de Aspec en el informe oral señaló taxativamente que “(...) *no queremos saber, no queremos obligarlos a vender comida de verdad, alimentos de verdad, no ellos seguirán vendiendo su chatarra, nadie puede obligarlos, ni Indecopi, ni nadie*”⁴⁴, con lo cual se advierte una contradicción en los argumentos de la denunciante en este punto.

⁴³ 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.

⁴⁴ Ver CD que contiene el audio del Informe Oral llevado a cabo el 2 de febrero de 2018 (minuto 04:28) a foja 228 del expediente.

93. 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

94. El artículo 114° 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 consumidores⁴⁵.
95. La finalidad de las medidas correctivas reparadoras (establecidas en el artículo 115° 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 116° del Código) tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que, en el futuro, esta se produzca nuevamente⁴⁶.
96. Teniendo en consideración que, mediante la presente resolución, la Sala ha revocado la resolución apelada, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Cineplex 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.
97. 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.
98. 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

⁴⁵ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 114°.- 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.

⁴⁶ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 115°.- 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 116°.- 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.

(...).

procedimiento referida a la cláusula abusiva limitativa de derechos corresponde ordenar como medida correctiva a Cineplex 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.

99. 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 Cineplex vende en sus locales, de acuerdo a los usos y costumbres del mercado.
100. Asimismo, se informa a Cineplex 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 117° del Código⁴⁷. Por otro lado, se informa que en caso se produzca 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-INDECOPI⁴⁸.

⁴⁷ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 117°.- 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 resolutorio puede imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta hasta el 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.

⁴⁸ **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 resolutorio 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.

Sobre la graduación de la sanción

101. 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 razonabilidad⁴⁹.
102. El artículo 112° del Código establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Comisión debe atender al beneficio ilícito esperado con la 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 adoptar⁵⁰.
103. 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 Cineplex, referido a que la denunciada habría restringido el acceso a los consumidores el acceso a sus salas de cine

En caso se produzca el incumplimiento del mandato, el beneficiado deberá comunicarlo al órgano resolutorio 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.

⁴⁹ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 246°.- 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.

⁵⁰ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.- 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.
- (...)

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 Cineplex en el presente caso.

104. 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.
105. 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.
106. 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.
107. 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 Cineplex una amonestación.
108. Finalmente, corresponde advertir a Cineplex 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 disuasiva⁵¹.

⁵¹ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 246°.- 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:

(...)

De las costas y costos del procedimiento

109. De conformidad con lo establecido por el artículo 7° del Decreto Legislativo 807, Ley Sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi⁵², 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.
110. Teniendo en cuenta que se ha determinado que Cineplex 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.

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

111. De acuerdo a lo establecido en el artículo 119° del Código⁵³, 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.
112. En la medida que esta Sala ha determinado la responsabilidad de Cineplex 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 850-2017/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

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.
(...)

⁵² **DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. Artículo 7°.-** 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.

⁵³ **CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 119°.- 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.

de Consumidores y Usuarios – Aspec contra Cineplex S.A., 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 850-2017/CC2, en los extremos que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la conducta consistente en que Cineplex S.A. 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 850-2017/CC2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – Aspec contra Cineplex S.A., 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.

CUARTO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 850-2017/CC2, en el extremo que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la presunta falta de Cineplex S.A. 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 850-2017/CC2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – Aspec contra Cineplex S.A., 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 Cineplex S.A., 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 Cineplex S.A. vende en sus locales, de acuerdo a los usos y costumbres del mercado.

Por otro lado, se informa a Cineplex S.A. 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 Cineplex S.A. 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 Cineplex S.A. 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 Cineplex S.A. 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 Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, 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 Cineplex; 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 Cineplex S.A. (en adelante, Cineplex) 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 1°.1 inciso f), 18° y 19° 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 Cineplex; 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 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 leyes⁵⁴. Asimismo, el artículo 252° de la referida norma⁵⁵ dispone que, para ejercer la potestad sancionadora, la

⁵⁴ 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.
(...)

⁵⁵ DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 252°. - 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.

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 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 850-2017/CC2, la Secretaría Técnica de la Comisión y la Comisión imputaron y se pronunciaron, respectivamente, sobre la conducta consistente en que Cineplex 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 mencionada debe ser analizada únicamente como una presunta infracción del artículo 57° del Código⁵⁶, 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 850-2017/CC2 que imputaron y se pronunciaron, respectivamente, por una infracción de los artículos 49°.1, 50° inciso e) y 58°.1 del Código.

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.

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.

5. No obstante, ello, en aplicación del artículo 225° del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁵⁷ y del principio de eficacia establecido en el numeral 1.10 del artículo IV de la referida norma⁵⁸, teniendo en cuenta que a lo largo del procedimiento Cineplex ha 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 Código⁵⁹ 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 Cineplex 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.

⁵⁷ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 225°.- 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.

⁵⁸ **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 procedimental, 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.

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.

⁵⁹ **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.

8. Obra en el expediente, copia de la fotografía de un aviso colocado por Cineplex en una de sus salas de cine, en el cual se establece la prohibición del ingreso de alimentos y/o bebidas ajenas a la empresa⁶⁰.
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. Al respecto, 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 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 privada⁶¹ y libertad empresarial⁶², 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 Código⁶³, el servicio ofrecido por dichas empresas no solo está configurado por la exhibición y proyección de películas cinematográficas, sino también por la venta de productos alimenticios (bebidas y comestibles) en sus establecimientos.

⁶⁰ Ver foja 9 del expediente.

⁶¹ **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.

⁶² **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.

⁶³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. TITULO PRELIMINAR. ARTÍCULO V.- Principios.**

El presente Código se sujeta 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.

12. En relación con la conducta denunciada, no considero que la misma restrinja el derecho a la libre elección de los consumidores⁶⁴. Ello, toda vez que la denunciada no impone a los mismos la obligación de adquirir los comestibles o bebidas que expende en sus salas de cine, por lo que los consumidores son libres de adquirir o no dichos productos en venta en las instalaciones de la denunciada. En efecto, lo que la denunciada realiza es reservarse la exclusiva de la comercialización de alimentos y bebidas a ser consumidas en sus salas de cine durante la exhibición de las películas, no permitiendo el acceso de productos no adquiridos en su establecimiento.
13. Al respecto, debe considerarse que el negocio tradicional de exhibición de películas ha ido evolucionando, pasando las salas de cine de ser únicamente lugares de proyección de películas, a lugares que ofrecen un conjunto de servicios para el entretenimiento, en el que se observan zonas de adquisición de alimentos y bebidas (caso de multisalas o multicines).
14. En el caso específico de los multicines se observa que desde el diseño arquitectónico y construcción de los mismos -incluso el diseño de sus butacas- se consideran espacios para el expendio de alimentos y bebidas, por lo que no puede negarse la naturaleza del negocio que allí se realiza. En tal sentido es innegable la vinculación que existe en este modelo de negocio entre la exhibición de películas y la venta de alimentos y bebidas⁶⁵.
15. De esta forma, si las inversiones en la construcción y puesta en operación de estos multicines están estrechamente vinculadas a la venta de alimentos y bebidas, resulta razonable que estas empresas procuren recuperar su inversión no solamente a través de la boletería, sino también a través de la venta de alimentos y bebidas. De la misma manera, los costos de operación y mantenimiento de los multicines se encuentran relacionados con la venta de alimentos y bebidas. Por ello, atendiendo a la libertad de empresa que existe en el Perú, Cineplex tiene el derecho de establecer formas adecuadas para recuperar sus inversiones y costos, como podría ser la política de prohibir el ingreso de alimentos y bebidas no adquiridos en sus establecimientos, a efectos de mantener una fuente de ingresos para el desarrollo de su negocio⁶⁶.

⁶⁴ **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.

⁶⁵ Al respecto ver Dictamen de la Comisión Preventiva Central de Chile, del 30 de junio del 2000, p.5. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/dictamenes/Dictamen%201125-2000.pdf>.

⁶⁶ Al respecto ver Dictamen de la Comisión Preventiva Central de Chile, del 30 de junio del 2000, p.5. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/dictamenes/Dictamen%201125-2000.pdf>.

16. Cabe destacar que en la Memoria Anual de Cineplex 2016, se observa que, a diciembre de ese año, los ingresos por dulcería representaban el 40% del total de ingresos de Cineplex, mostrando un crecimiento de 27% respecto del año anterior. Ello muestra que el modelo de negocio de los multicines no consta únicamente de la exhibición de películas, sino que parte importante del mismo se encuentra en la venta de dulcería, permitiéndole de esta manera recuperar los costos de inversión, así como los de operación de sus establecimientos⁶⁷.
17. La importancia de la comercialización de alimentos y bebidas resulta evidente en esta industria, tanto en términos de ingresos como de costos. Si bien no se tienen datos exactos de los costos en el Perú, se observa que, por ejemplo, en el año 2000 en Chile, el 40% del personal de Cinemark se encontraba dedicado exclusivamente a las labores de expendio de alimentos⁶⁸. De otro lado en México, algunos especialistas señalan que la venta de alimentos y bebidas en los establecimientos de los multicines “ayudan a compensar los altos costos fijos y variables que tienen las exhibidoras”, asimismo, si bien la ganancia es atractiva se señala que, “los costos de operación son muy altos”.
18. En tal sentido puede observarse que hoy en día el modelo de negocio de los multicines incluye no solo la exhibición y de películas, sino también la venta de alimentos y bebidas, por lo que la restricción resulta justificada por las razones expuestas.
19. Por otro lado, estimo que la restricción impuesta por Cineplex, 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.
20. 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

⁶⁷ Memoria Anual 2016 de Cineplex S.A. Disponible en: <http://www.bvl.com.pe/eff/OE3947/20170329231603/MEOE39472016AIA01.PDF>.

⁶⁸ Según la declaración de don Alfredo Pouraylli Earey, Gerente General de Cinemark Chile S.A., de fecha 27 de abril de 2000, que aparece en el Dictamen de la Comisión Preventiva Central de Chile, del 30 de junio del 2000, p.3. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/dictamenes/Dictamen%201125-2000.pdf>.

*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*⁶⁹.

21. 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 18^{o70} y 19^{o71} del Código, así como el derecho a la salud de los consumidores reconocido en el artículo 25^o del Código⁷².
22. En ese sentido, en el presente voto considero que la restricción denunciada impuesta por Cineplex 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.

⁶⁹ **MARCOS, FRANCISCO.** "¿Monopolio de las palomitas en los cines? Comentarios a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21^o) de 8 de enero de 2003" en Anuario de la Competencia 2003. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2004. Página 369.

⁷⁰ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 18^o.- 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 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.

⁷¹ **LEY 29571. CODIGO DE PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 19^o.- 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.

⁷² **LEY 29571. CODIGO DE PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 25^o.- 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.

23. De lo expuesto, se encuentra acreditado que la restricción aplicada por Cineplex en sus establecimientos no constituye una práctica abusiva, por el contrario, esta clase de prohibición se encuentra justificada.
24. Adicionalmente cabe señalar que resulta contradictorio indicar que las normas sobre cláusulas abusivas no tienen por objeto la regulación de precios y, de otro lado, considerar que debe permitirse el ingreso de productos similares a los comercializados en las dulcerías pues según lo que señala el denunciante, estos productos podrían ser adquiridos fuera del establecimiento a un menor precio. Ello podría ser entendido como un cuestionamiento indirecto a los precios establecidos por las salas de cine, lo cual como se ha indicado, no es admitido por nuestro ordenamiento jurídico.
25. Bajo tales consideraciones, considero que corresponde declarar infundada la denuncia en este extremo contra Cineplex 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
26. El artículo 18° 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 19° 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.
27. 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 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.
28. Por otro lado, el artículo 40° del Código⁷³ establece que los establecimientos abiertos al público que establezcan restricciones objetivas y justificadas de

⁷³ 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.

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.

29. La Comisión declaró infundada la denuncia contra Cineplex, 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.
30. 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 eximía de responsabilidad.
31. Al respecto, conforme se ha señalado en párrafos precedentes, obra en el expediente copia de una fotografía de un aviso colocado por Cineplex, 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 de alimentos y/o bebidas ajenas a la empresa*”.
32. Adicionalmente de la revisión de la página web de Cineplex (<http://www.cineplex.com.pe/categoria/terminos-y-condiciones-de-la-compra-online>), 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 “*No se permite el ingreso de alimentos y bebidas ajenas a la empresa.*”
33. En tal sentido, se encuentra acreditado que Cineplex 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.
34. Ahora, en relación a la obligación de Cineplex 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.

35. Por las consideraciones expuestas, considero que corresponde confirmar este extremo de la resolución apelada que declaró infundada la denuncia contra Cineplex por presunta infracción de los artículos 18°, 19° y 40° del Código.

ANA ROSA CRISTINA MARTINELLI MONTOYA
Vocal



PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR -
SEDE LIMA SUR N° 2

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y
USUARIOS – ASPEC

DENUNCIADA : CINEPLEX S.A.

MATERIAS : ACLARACIÓN
IMPROCEDENCIA

ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE ENTRETENIMIENTO N.C.P.

SUMILLA: *Se declara improcedente por extemporánea la solicitud de aclaración de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI formulada por Cineplex S.A. con fecha 26 de febrero de 2018, toda vez que dicho pedido fue presentado fuera del plazo previsto para tales efectos.*

Sin perjuicio de ello, la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha decidido aclarar de oficio los alcances de la medida correctiva ordenada en la resolución antes referida, a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de tal mandato.

Lima, 5 de marzo de 2018

ANTECEDENTES

1. El 7 de febrero de 2017, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (en adelante, Aspec) denunció a Cineplex S.A.¹ (en adelante, Cineplex) 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) Cineplex 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 los consumidores 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 había sustentado y/o explicado 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. 20429683581, con domicilio fiscal en Av. José Larco Nro. 663 (Pisos 4-5) Lima - Lima – Miraflores.
M-SPC-13/1B

- (iv) la denunciada no ponía a disposición de los consumidores productos alimenticios saludables, tales como: frutas, frutos secos, sándwich con palta y otros.
2. Mediante Resolución 850-2017/CC2 del 26 de mayo de 2017, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Declaró infundada la denuncia presentada por Aspec contra Cineplex, 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. Ello, 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.
3. En atención al recurso de apelación interpuesto por Aspec, mediante Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI del 2 de febrero de 2018, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) resolvió por mayoría² lo siguiente:

² Cabe señalar que dicho pronunciamiento se emitió con el voto en mayoría de los señores vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, Juan Alejandro Espinoza Espinoza y Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle. Asimismo, la señora vocal Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, realizó un voto en discordia en los extremos

- (i) Confirmó la Resolución 850-2017/CC2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por Aspec contra Cineplex, por presunta infracción de 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 implicaban la regulación de precios en el mercado;
- (ii) declaró la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 850-2017/CC2, en los extremos que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la conducta consistente en que Cineplex 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, toda vez que la conducta antes mencionada se encontraba contemplada como una presunta infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código, por tanto, ordenó el archivo de dicho extremo de la denuncia;
- (iii) revocó la Resolución 850-2017/CC2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por Aspec contra Cineplex, por presunta infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código; y, en consecuencia, declaró 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, constituía una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limitaba los derechos de los consumidores;
- (iv) declaró la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 850-2017/CC2, en el extremo que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la presunta falta de Cineplex 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 encontraba 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, ordenó el archivo de la denuncia en el presente extremo;
- (v) confirmó la Resolución 850-2017/CC2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por Aspec contra Cineplex, por presunta infracción de los artículos 1°.1 inciso f), 18° y 19° del Código, toda vez que el hecho de que pusiera a disposición de los consumidores determinados tipos de alimentos y/o bebidas en sus

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 Cineplex; y, (ii) el hecho de no haber sustentado y/o explicado sobre dicha restricción, señalando que se debería declarar infundada la denuncia en contra de Cineplex en ambos extremos.

- salas de cine, no implicaba una afectación a las normas de protección al consumidor;
- (vi) ordenó como medida correctiva a Cineplex, que en un plazo de diez (10) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la resolución, se abstenga de aplicar en contra de los consumidores cláusulas limitativas como la analizada en el presente caso, para lo cual debía retirar de sus establecimientos comerciales (salas de cine) el aviso donde informaba a los consumidores la prohibición del ingreso a sus salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera de su establecimiento;
 - (vii) asimismo, a fin de evitar que los consumidores pudieran ingresar a las salas de cine con productos alimenticios que, por razones de higiene, seguridad, u otros, causaran un daño a la infraestructura del local o de otros consumidores, se indicó que el ingreso de alimentos a las salas de cine se supeditaría a aquellos productos iguales y/o de similares características a los que Cineplex vendía en sus locales, de acuerdo a los usos y costumbres del mercado;
 - (viii) por otro lado, informó a Cineplex que debía presentar los medios probatorios que acreditaran 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 117° del Código. Asimismo, informó que en caso se produjera el incumplimiento del mandato, la Comisión evaluaría 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;
 - (ix) sancionó a Cineplex con una amonestación por la inclusión de una cláusula abusiva que limitaba 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;
 - (x) condenó a Cineplex al pago de las costas y costos incurridos por Aspec en el trámite del presente procedimiento; y,
 - (xi) dispuso la inscripción de Cineplex en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.
4. Cabe señalar que la citada resolución fue notificada a Cineplex el día 19 de febrero de 2018, mediante Cédula de Notificación del 15 de febrero de 2018.
5. El 26 de febrero de 2018, Cineplex presentó un escrito solicitando la aclaración de la Resolución Final 0219-2018/SPC-INDECOPI, a fin de que la Sala emita un pronunciamiento sobre los alcances de la medida correctiva ordenada, precisando a qué se refería el término "*productos de similares características*" a los que vende en sus establecimientos comerciales, no

solamente para delimitar la lista de alimentos permitidos, sino también con el objetivo de informarlo a los consumidores de manera adecuada y anticipada.

6. El 28 de febrero de 2018, Cineplex presentó una ampliación de su pedido de aclaración del 26 de febrero de 2018, solicitando que se considere que sus salas *Prime* representaban un modelo de servicio paralelo y distinguible de los formatos regulares o estándares que provee Cineplex u otra cadena de cines, por lo que era necesario que se aclare de oficio que las salas *Prime* estaban excluidas de la medida correctiva impuesta, toda vez que la naturaleza del mandato solo tendía a encajar en la definición de sala ordinaria de cine. Asimismo, indicó que Aspec solo había considerado en su denuncia las salas de cine de formato regular.
7. En la misma fecha, Cineplex presentó otro escrito precisando que, con el fin de cumplir cabalmente con el mandato en cuestión, solicitaba la ampliación del plazo para el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, por un periodo de treinta (30) días hábiles; ello con el fin de recibir la respuesta a la aclaración presentada. Asimismo, señaló que, de no concederse dicha ampliación, ello podría originar disputas, actos de desorden público e incluso actos de alteración al orden público con sus clientes.
8. Mediante Resolución 0437-2018/SPC-INDECOPI de fecha 2 de marzo de 2018, la Sala suspendió los efectos de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, en el extremo referido a la medida correctiva ordenada, desde el día 26 de febrero de 2018 (fecha en la que Cineplex solicitó la aclaración) hasta el día en que dicho proveedor fuera notificado con la resolución de la Sala mediante la cual se pronuncie sobre su pedido de aclaración.
9. Por último, el 2 de marzo de 2018, Aspec presentó un escrito solicitando que se determine cuál era el plazo concreto para resolver el pedido de aclaración formulado por Cineplex.

ANÁLISIS

Sobre la aclaración de las resoluciones emitidas por el Tribunal

10. El Decreto Supremo 009-2009-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, modificado mediante los Decretos Supremos 107-2012-PCM y 099-2017-PCM, establece que la Sala es competente para pronunciarse sobre las solicitudes de enmienda, ampliación y aclaración de sus propias resoluciones³.

³ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. Artículo 27º.- Competencia funcional de Salas del Tribunal.-** Las Salas que integran el Tribunal del INDECOPI conocerán de las causas que se le presenten, exclusivamente en los siguientes casos:

f) Solicitudes de enmienda, ampliación y aclaración de las resoluciones que emitan.

11. Asimismo, en el artículo 28° del mencionado decreto, se dispone que la Sala puede aclarar conceptos oscuros o dudosos expresados en la parte resolutive de su pronunciamiento, siempre que no se altere el contenido sustancial de la decisión⁴.
 12. Además, dicha norma también establece que el pedido de aclaración deberá formularse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución⁵, y además establece la posibilidad de que dicha aclaración se pueda realizar de oficio⁶.
 13. De otro lado, el Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos⁷, establece en su artículo 406° que -antes de que la resolución cause ejecutoria- de oficio o a pedido de parte, se puede aclarar algún aspecto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella⁸.
- (i) Sobre el pedido de aclaración formulado por Cineplex
14. Mediante escrito de fecha 26 de febrero de 2018, Cineplex solicitó una aclaración de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, en mérito de las consideraciones detalladas en el numeral 5 de la presente resolución.
 15. Al respecto, teniendo en cuenta el término contemplado en el artículo 28° del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi⁹ y que Cineplex fue notificada con la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI el día 19 de febrero de 2018¹⁰, dicha administrada tenía la oportunidad de formular su pedido de aclaración hasta el jueves 22 de febrero de 2018.

⁴ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. Artículo 28°.- Enmienda, aclaración y ampliación de resoluciones.** - (...) De igual forma, procede la aclaración, de oficio o a petición de parte, de algún concepto oscuro o dudoso expresado en la resolución, sin alterar el contenido sustancial de la decisión. (...)

⁵ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. Artículo 28°.- Enmienda, aclaración y ampliación de resoluciones.** (...) El pedido de aclaración o ampliación deberá formularse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución (...)

⁶ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. Artículo 28°.- Enmienda, aclaración y ampliación de resoluciones.** (...) (...) De igual forma, procede la aclaración, de oficio o a petición de parte, de algún concepto oscuro o dudoso expresado en la resolución, sin alterar el contenido sustancial de la decisión. (...) (Subrayado agregado).

⁷ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. DISPOSICIONES FINALES. Primera.-** Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

⁸ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Artículo 406°.-** El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión.
El pedido de aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es inimpugnable.

⁹ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. Artículo 28°.- Enmienda, aclaración y ampliación de resoluciones.** (...) El pedido de aclaración o ampliación deberá formularse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución (...)

¹⁰ Ver cargo de notificación obrante a fojas 275 del expediente.

16. No obstante, de los actuados en el expediente, se advierte que Cineplex recién presentó la mencionada solicitud el día lunes 26 de febrero de 2018, esto es, cuando ya había transcurrido el plazo establecido para tales efectos.
 17. Por lo tanto, corresponde declarar improcedente por extemporánea la solicitud de aclaración de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI formulada por Cineplex con fecha 26 de febrero de 2018, toda vez que dicho pedido fue presentado fuera del plazo previsto para tales efectos.
 18. Sin perjuicio de lo antes señalado, esta Sala determinará si corresponde aclarar de oficio la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI en el extremo referido a la medida correctiva, en el marco de las facultades contempladas en el artículo 28° del Decreto Supremo 009-2009-PCM.
- (ii) Sobre la pertinencia de aclarar de oficio los alcances de la medida correctiva ordenada mediante Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI
19. El modelo de negocio y la oferta comercial de Cineplex deben ser entendidos y analizados no solo en el marco de lo dispuesto en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú, que garantiza la libertad de empresa, comercio e industria¹¹, sino también deben ser entendidos y analizados en concordancia con lo establecido en el artículo 65° de la Carta Magna¹², que le otorga al Estado la defensa de los derechos de los consumidores; en tal sentido, esta Sala entiende que una interpretación constitucional hace que el modelo de negocio y la oferta comercial planteados por Cineplex deban ser concordados con la tutela de los derechos de los consumidores: ello no constituye, ni puede constituir una afectación al mercado ni a la autonomía de las empresas.
 20. Además, en vía de desarrollo constitucional, el Estado aprobó la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual consagra el derecho a la libertad de elección de los consumidores, contenido en el artículo 1°.1 inciso f) de dicho cuerpo legal. Asimismo, es pertinente indicar que incluso, y conforme se desprende del Principio Pro Consumidor, en el supuesto negado que existiese alguna duda, esta se debe interpretar en el sentido más favorable al consumidor¹³.

¹¹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 59°.-** 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.

¹² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. 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.

¹³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo V.- Principios.**

El presente Código se sujeta a los siguientes principios:

2. Principio Pro Consumidor.- En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando

21. Por otro lado, el Código no solo establece dentro de sus Principios que las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores¹⁴, sino que también estas buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores¹⁵.
22. Cineplex en ejercicio de sus potestades es quien ha determinado y determina qué productos del mercado son aptos e idóneos para ser consumidos en el interior de sus salas de cine. En esa línea, Cineplex ha venido determinando que los consumidores puedan ingresar a las salas de cine con dichos productos solo en la medida que estos hayan sido adquiridos en sus confiterías.
23. Ahora bien, la decisión de este Colegiado guarda coherencia con la autonomía de la denunciada de permitir que ingresen a las salas de cine solo aquellos productos previamente determinados por dicho proveedor; no obstante, ha señalado que dicha libertad debe ser concordante con el derecho de los consumidores de elegir al proveedor de los mismos, de forma tal que el público no se vea obligado a adquirirlos a un solo proveedor en las condiciones que este le imponga.
24. Además, la decisión de la Sala no fija precios ni controla la oferta de la denunciada, es decir, no prohíbe que esta continúe vendiendo sus productos en los términos y condiciones comerciales que considere más adecuados.
25. Es así que la Sala -en voto unánime- resolvió declarar infundada la denuncia presentada por Aspec en contra de Cineplex respecto a los extremos referidos a la presunta infracción a 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 implicaban la regulación de precios en el mercado; y, de los artículos 1°.1 inciso f), 18° y 19° del Código, toda vez que el hecho de que pusiera a disposición de los

exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.

¹⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo V.- Principios.**

El presente Código se sujeta a los siguientes principios:

1. Principio de Soberanía del Consumidor.- Las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos.

¹⁵ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo V.- Principios.**

El presente Código se sujeta a los siguientes principios:

4. Principio de Corrección de la Asimetría.- Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado.

consumidores determinados tipos de alimentos y/o bebidas en sus salas de cine, no implicaba una afectación a las normas de protección al consumidor.

26. Mediante Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, la Sala dictó la siguiente medida correctiva respecto al único extremo que fue declarado fundado por infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código, conforme se aprecia a continuación:

“Ordenar como medida correctiva a Cineplex S.A., 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 supeditará a aquellos productos iguales y/o de similares características a los que Cineplex S.A. vende en sus locales, de acuerdo a los usos y costumbres del mercado.”

27. Como puede verse, resulta pertinente resaltar que la decisión tomada en la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, así como la medida correctiva dictada, están referidas al caso concreto y específico de la denuncia planteada contra Cineplex.
28. Ahora bien, y sin perjuicio de lo resuelto en el acápite anterior (improcedencia de la aclaración formulada por Cineplex), este Colegiado considera importante aclarar de oficio los alcances de la referida medida correctiva, a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de tal mandato y que los consumidores no se vean afectados por inadecuadas interpretaciones que podrían realizarse sobre el particular.
29. Sobre los alcances de la medida correctiva ordenada por la Sala -en voto en mayoría- respecto del enunciado *“el ingreso de alimentos se supeditará a aquellos productos iguales (...) a los que Cineplex vende en sus locales”*, este Colegiado considera pertinente precisar que esta se encuentra orientada a permitir que los consumidores puedan ingresar a las salas de cine de dicho proveedor con los mismos alimentos y bebidas que este oferta dentro de su establecimiento comercial. En ese sentido, si Cineplex vendiera en sus salas de cine, productos tales como: cancha salada, cancha dulce, gaseosas, sándwiches de *hot dog* y helados -por citar algunos ejemplos- los consumidores podrán ingresar con dichos productos provenientes del exterior del local.

30. De otro lado, respecto de la expresión “*el ingreso de alimentos se supeditarán a aquellos productos (...) de similares características a los que Cineplex vende en sus locales*”, debe entenderse -primero- que el término “*similar*” abarca todo aquello que tiene semejanza o analogía con algo¹⁶.
31. Así, cuando esta Sala -en mayoría- se refiere a un producto de similares características a los que Cineplex vende en sus locales, se entiende que estos no deben ser necesariamente de la misma marca de aquellos productos que expende Cineplex, siendo que estos podrán ser de una marca distinta al vendido por el citado proveedor, siempre y cuando se trate del mismo tipo de producto. Por ejemplo: si Cineplex vende en su establecimiento chocolates de marca A, el consumidor podría ingresar a las salas con chocolates de marca B, C o D.
32. Por otro lado, esta Sala estima importante resaltar que las precisiones realizadas previamente deberán ser cumplidas atendiendo a principios de razonabilidad y proporcionalidad, debiéndose entender que los productos permitidos deberán tener parámetros similares de presentación y cantidad, respecto de aquellos productos comercializados por Cineplex.
33. Adicionalmente, es indispensable precisar que corresponde al proveedor establecer los mecanismos idóneos para ejecutar la medida correctiva dispuesta por la autoridad de la manera más óptima, siendo que, por ejemplo podría elaborar y publicar en su página web, así como en la entrada de sus salas de cine, una lista de la totalidad de los productos alimenticios y bebidas que comercializa en el interior de su establecimiento, para así informar claramente al público cuáles son aquellos productos que podrán ser ingresados a sus salas de cine, de manera indefectible, al ser iguales o similares a los de dicha lista. Asimismo, será obligación del proveedor mantener dicha lista en constante actualización.
34. Finalmente, respecto a la solicitud de Cineplex de excluir las salas *Prime* del alcance de la medida correctiva, es pertinente indicar que -si bien de la lectura de la denuncia, así como de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI- no se hace mención alguna sobre la inclusión de las salas *Prime*, esta Sala, en voto en mayoría, considera que dicho tipo de servicio no se encuentra comprendido dentro del mandato dispuesto en la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI. Ello, en tanto dicho modelo de negocio resulta distinto del formato denunciado y analizado en el presente procedimiento (salas de cine regular)¹⁷. Por consiguiente, corresponde aclarar que la medida

¹⁶ <http://www.rae.es/>.

Similar, de simil. Adj. Que tiene semejanza o analogía con algo.
Consulta realizada el 5 de marzo de 2018.

¹⁷ Dichos tipos de sala en su interior cuentan -en su totalidad- con características plenamente distinguibles del formato regular, esto es, sillones ergonómicos, reclinables, con apoya pies, acompañados con mesas y lámparas, además

correctiva dictada en la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI no alcanza a las salas de Cineplex de formato *Prime*.

35. En atención a las consideraciones expuestas, se levanta la suspensión de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, dispuesta mediante Resolución 0437-2018/SPC-INDECOPI, reanudándose el cómputo del plazo para el cumplimiento de la medida correctiva desde el día siguiente de notificada la presente resolución¹⁸. Siendo ello así, carece de objeto pronunciarse sobre el pedido de Aspec de que se determine el plazo de cumplimiento de la medida correctiva.

Cuestión final: Sobre el pedido de ampliación de plazo formulado por Cineplex

36. Mediante Resolución Final 0219-2018/SPC-INDECOPI, la Sala ha dispuesto que el plazo con el que cuenta Cineplex para el cumplimiento de la medida correctiva es de diez (10) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada dicha resolución, plazo que fue suspendido mediante Resolución 0437-2018/SPC-INDECOPI hasta que se notificara a Cineplex la resolución de la Sala mediante la cual se pronuncie sobre su pedido de aclaración.
37. Asimismo, el 28 de febrero de 2018, Cineplex precisó que, con el fin de cumplir cabalmente con el mandato en cuestión, solicitaba la ampliación del plazo para el cumplimiento de la medida correctiva ordenada por un periodo de treinta (30) días hábiles; ello con el fin de recibir la respuesta a la aclaración presentada. Asimismo, señaló que, de no concederse dicha ampliación, ello podría originar disputas, actos de desorden público e incluso actos de alteración al orden público con sus clientes.
38. No obstante, en atención a lo dispuesto en el artículo 18° del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, así como del artículo 34° del Decreto Supremo 09-2009-PCM¹⁹, es necesario precisar

de expendirse comidas a los consumidores de manera personalizada (a diferencia del formato de salas regular). Ver artículo: "*Cineplanet anunció apertura de las primeras salas Prime en el Perú*", publicado en RPP Noticias el 5 de febrero de 2013.

<http://rpp.pe/economia/negocios/cineplanet-anuncio-apertura-de-las-primeras-salas-prime-en-el-peru-noticia-564385>.

(Consulta realizada el 5 de marzo de 2018).

¹⁸ Cineplex fue notificada con la resolución final el 19 de febrero de 2018. En ese sentido, el plazo máximo para el cumplimiento de la medida correctiva vencía el 5 de marzo de 2018; sin embargo, mediante Resolución 0437-2018/SPC-INDECOPI la Sala suspendió la resolución final en el extremo referido a la medida correctiva ordenada, desde el 26 de febrero de 2018, hasta que se notifique con la resolución por la cual la Sala se pronuncie sobre el pedido de aclaración.

En ese sentido, si -por ejemplo- la presente resolución (mediante la cual se emite un pronunciamiento sobre el pedido de aclaración) se notifica el 8 de marzo de 2018, se reanuda el cómputo del plazo para el cumplimiento de la medida correctiva, el cual tendría como límite el 16 de marzo de 2018.

¹⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 18°.-** **Agotamiento de la vía administrativa e impugnación judicial de pronunciamientos del Indecopi.** 18.1. En los M-SPC-13/1B 11/13

que las resoluciones que expiden las Salas del Tribunal del Indecopi agotan la vía administrativa y, por tanto, solo pueden ser cuestionadas en la vía judicial.

39. En ese sentido, no resulta posible acceder al pedido solicitado por Cineplex de que se modifique y amplíe el plazo para el cumplimiento de la medida correctiva, pues dicha resolución agotó la vía administrativa.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar improcedente por extemporánea la solicitud de aclaración de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI formulada por Cineplex S.A. con fecha 26 de febrero de 2018, toda vez que dicho pedido fue presentado fuera del plazo previsto para tales efectos.

SEGUNDO: Aclarar de oficio los alcances de la medida correctiva ordenada en la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de tal mandato, en atención a las consideraciones expuestas en la presente Resolución.

TERCERO: Levantar la suspensión de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, dispuesta mediante Resolución 0437-2018/SPC-INDECOPI, reanudándose el cómputo del plazo para el cumplimiento de la medida correctiva desde el día siguiente de notificada la presente resolución.

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

asuntos de competencia de cualquiera de los órganos resolutivos del INDECOPI, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa. Para lo dispuesto en la presente Ley, se entiende que queda agotada la vía administrativa solamente cuando se obtiene la resolución final de la respectiva Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
(...).

DECRETO SUPREMO 09-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 34º.- Agotamiento de la vía administrativa. Las resoluciones que expide el Tribunal agotan la vía administrativa y pueden ser impugnadas en la vía judicial, conforme a las normas que regulan el proceso contencioso administrativo. (...).

El voto en discordia de la señora vocal Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, es el siguiente:

Sobre el particular, en la medida que mediante Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI del 2 de febrero de 2018, emití un voto en discordia, considerando que correspondía declarar la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y de la Resolución 850-2017/CC2, en los extremos que imputaron y se pronunciaron, respectivamente, sobre la conducta consistente en que Cineplex 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 de los artículos 49°.1, 50° inciso e) y 58°.1 del Código; y, en consecuencia, declarar infundada la denuncia presentada por Aspec contra Cineplex por presunta infracción al artículo 57° del Código; carece de objeto que emita algún pronunciamiento sobre la solicitud de aclaración presentada por la denunciada en este extremo.

ANA ROSA CRISTINA MARTINELLI MONTOYA