



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO**

Derecho
Facultad de Derecho

**INFORME JURÍDICO SOBRE EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO
N° 148-2017/CC2**

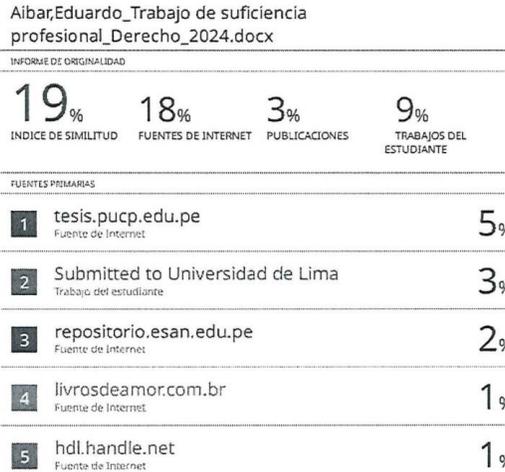
**Trabajo de Suficiencia Profesional
presentado para optar al Título Profesional de
Abogado**

**Presentado por
Eduardo David Aibar Gutiérrez**

Lima, marzo 2024

**REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO
FACULTAD DE DERECHO**

A través del presente documento la Facultad de Derecho deja constancia de que el Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre el Expediente Administrativo N° 148-2017/CC2" presentado por el Sr. EDUARDO DAVID AIBAR GUTIÉRREZ, con DNI 72668680, para optar el Título Profesional de Abogado, fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 18 de marzo del año 2024; obteniendo el siguiente resultado:



Turnitin Informe de Originalidad

Procesado el: 18-mar.-2024 21:56 -05
Identificador: 2324380115
Número de palabras: 15883
Entregado: 1

Aibar,Eduardo_Trabajo de suficiencia profesio...
Por Eduardo David Aibar Gutierrez

Índice de similitud	Similitud según fuente
19%	Internet Sources: 18% Publicaciones: 3% Trabajos del estudiante: 9%

De acuerdo con la política vigente, el porcentaje obtenido de similitud con otras fuentes está dentro de los márgenes permitidos.

Se emite el presente documento para los fines estipulados en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad al que pertenece el interesado.

Lima, 19 de marzo de 2024


José Agustín Valencia-Dongo Medina
Asesor
Código Orcid 0000-0001-5259-2341

RESUMEN DEL EXPEDIENTE

1.1 El siete de febrero del año 2017, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (en adelante, ASPEC) denunció a Cineplex S.A. (en adelante, Cineplex) ante la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la Comisión) por infracciones a la normativa de Protección al Consumidor, indicando lo siguiente:

- i. Cineplex ofreció a sus clientes alimentos cuyos precios excedían considerablemente sus precios reales.
- ii. Con el propósito de admitir que los espectadores concurren a las proyecciones en los cines, los citados productos debían adquirirse exclusivamente en su empresa. Esto limitaba la posibilidad de que los clientes adquirieran los mismos productos a un precio reducido de otros proveedores.
- iii. Cineplex no sustentó la limitación señalada.
- iv. Cineplex no ofrecía a los clientes opciones de comestibles saludables.

1.2 La denuncia fue aceptada por la Secretaría Técnica de la Comisión y consecuentemente se acusó a Cineplex por los siguientes cargos:

- i. Presuntas violaciones al Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código) en sus artículos 47° inciso b, 48° inciso c y 57° dado que el proveedor acusado habría proporcionado artículos alimenticios a precios extremadamente elevados para los consumidores.
- ii. Presuntas violaciones al Código en sus artículos 49°.1, 50° inciso e y 58°.1, ya que el denunciado proveedor habría limitado el acceso a sus establecimientos, en específico en sus cines con cualquier alimento que no fuera comprado dentro de sus instalaciones.
- iii. Presuntas violaciones al Código en sus artículos 18°, 19° y 40°, dado que Cineplex no habría proporcionado justificación alguna sobre las restricciones para llevar alimentos no comprados en sus instalaciones, a las salas de cine.
- iv. Presuntas violaciones al Código en sus artículos 1°.1 inciso f, 18° y 19°, en tanto Cineplex no ofrecería a los consumidores productos saludables.

1.3 Con fecha veintiséis de abril del año 2016, Cineplex absolvió indicando lo siguiente:

- i. Los precios de sus productos los determinaba en atención a las fluctuaciones del mercado (la oferta y la demanda), y en concordancia con su libertad de empresa.
- ii. El precio de venta de los bienes comestibles ofrecidos no podía ser entendido como una práctica abusiva.
- iii. Considerando que su empresa engloba tanto la exposición de filmes como la comercialización de alimentos y bebidas, tenía sentido implementar una política que prohibiera la entrada de productos adquiridos en otros locales, por lo tanto, la restricción se consideraba adecuada.
- iv. Los comestibles que ofrecía en sus instalaciones eran seleccionados en ejercicio de su libertad empresarial, por lo que no se requería que vendiera exclusivamente productos saludables.

1.4 Mediante Resolución 850-2017/CC2 del 26 de mayo del año 2017, la Comisión de Protección al Consumidor resolvió lo siguiente:

- i. Declaró infundada la denuncia alegada por ASPEC en contra de la empresa, dado que no se han verificado las siguientes infracciones que le fueran denunciadas:
 - Violación a los artículos 47° inciso b), 48° inciso c); y, 57° del Código, según el cual se argumentaba que Cineplex había ofrecido a los consumidores, alimentos a altos precios, dado que no se justificaba la intervención de este órgano administrativa para controlar los precios que Cineplex establecía en el mercado.
 - Violación a los artículos 49°.1, 50° inciso e); y, 58°.1 del Código, en relación con la acusación de que la empresa denunciada habría limitado la entrada a sus salas cinematográficas con comestibles comprados en otro lugar fuera de sus instalaciones, debido a que se argumentó que esta limitación estaba justificada en su libertad de empresa.
 - Violación a los artículos 18°, 19° y 40° del Código, respecto de la actuación que implicaba que la empresa no brindó justificación para las limitaciones sobre la entrada de productos comestibles no comprados en sus instalaciones

a las salas de cine, a raíz de que se argumentó que no existía una obligación legal de sustentar dicha limitación.

- Violación a los artículos 1°.1 inciso f), 18° y 19° del Código referido a la falta de alimentos saludables ofrecidos a los consumidores en los locales, dado que se argumentó que el proveedor no estaba obligado a proporcionar exclusivamente este tipo de alimentos. Esto se debe a que la disponibilidad de ciertos productos no tiene como consecuencia una violación de las normas de que protegen al consumidor.

- ii. Rechazó el pedido de medidas correctivas solicitadas por ASPEC y la obligación de pagar las costas y costos del procedimiento.

1.5 Por consiguiente, el 27 de junio del año 2017, ASPEC impugnó mediante un recurso de apelación la decisión tomada en primera instancia, determinando lo siguiente:

- i. Cineplex estaba infringiendo el derecho a la protección a los intereses económicos de los consumidores, al forzarlos a pagar un precio excesivo, constituyendo ello una cláusula abusiva.
- ii. Paralelamente, implicaba un método comercial coercitivo el no dejar que los consumidores puedan elegir otros bienes de la misma categoría a un menor valor.
- iii. Estos cines típicamente ofrecerían únicamente alimentos no saludables, comprometiendo el bienestar de los clientes.
- iv. Una estructura de negocio no debería prevalecer sobre los derechos de los consumidores, como el derecho a la salud y el derecho a elegir otros productos.

1.6 A través de Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI del 2 de febrero del año 2018, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la “Sala”) determinó lo siguiente:

- i. Confirmar la decisión de la Comisión, la cual desestimó la acusación presentada por ASPEC contra Cineplex por presunta infracción a los artículos 47° inciso b), 48° inciso c) y 57° del Código. Se argumentó que no hay ruptura

de las restricciones mencionadas porque no existe un control de precios por parte de la autoridad.

- ii. Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 1 así como la resolución de la Comisión, en los aspectos que se pronunciaron sobre la acción de la empresa de limitar la admisión a sus salas con cualquier tipo de comestible que no haya sido comprado dentro de sus locales como una violación del artículo 58°.1 del Código. Esta medida se justifica debido a que tal conducta se interpreta como una presunta violación de los artículos 49°.1 y 50° inciso del Código, es decir como cláusula abusiva; por lo tanto, se dispone el archivo de la denuncia en ese punto.
- iii. Anular la decisión de la Comisión que consideró infundada la denuncia presentada por ASPEC contra Cineplex por presunta violación de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código; en su lugar, se declara que la denuncia es fundada. Y es que se ha demostrado que la prohibición establecida por la empresa denunciada, que prohíbe a los clientes introducir en las salas cinematográficas comidas y/o bebidas que hayan comprado al exterior de los locales comerciales de la empresa, supone una cláusula abusiva, totalmente ineficaz y restrictiva de los derechos de los clientes.
- iv. Declarar parcialmente nula la Resolución número uno y la resolución de la Comisión respecto a la acusación y el pronunciamiento sobre la presunta omisión de Cineplex al no justificar la restricción de ingreso de comestibles no comprados dentro de sus locales comerciales a las salas de cine. Por lo tanto, se dispone el archivo de la denuncia en este punto.
- v. Ratificar la decisión de la Comisión que consideró infundada la denuncia interpuesta por ASPEC contra Cineplex, referido a que ofrezca ciertos tipos de comestibles en sus salas cinematográficas no constituye una violación de las normas que amparan al consumidor.
- vi. Como solución, se ordena a Cineplex que, en un lapso de diez (10) días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la notificación de la resolución, se desista de aplicar cláusulas restrictivas como la analizada en este caso contra los consumidores. En ese sentido, la empresa debe retirar de sus locales comerciales el comunicado que prohíbe a los consumidores llevar comestibles o bebidas compradas fuera de sus locales comerciales, a las salas de cine. Igualmente, para prevenir que los consumidores accedan a las salas con

comestibles que puedan causar daños a la infraestructura o a otros consumidores por causas de higiene, seguridad y otras, se establece que la entrada con comestibles estará sujeta a bienes que sean “iguales o similares” a los que la denunciada oferta en sus establecimientos, en concordancia con las prácticas del mercado.

- vii. Impone una sanción a Cineplex de una llamada de atención.
- viii. Obliga a Cineplex a sufragar las costas y costos en los que haya incidido ASPEC durante el desarrollo del PAS.
- ix. Establece la inclusión del denunciado en el registro de Infracciones y Sanciones del INDECOPI.

1.7 El 26 de febrero del año 2018, Cineplex interpuso una solicitud en la cual pide la aclaración de la resolución de segunda instancia, con el propósito de obtener una declaración por parte de la Sala acerca de la extensión de la medida correctiva dictada, aclarando qué significaba exactamente el término "productos de similares características" a los que están disponibles en sus tiendas.

1.8 El 28 de febrero del año 2018, Cineplex interpuso una solicitud de ampliación de su petición de aclaración, argumentando que sus salas Prime ofrecían un servicio distinto y fácilmente reconocible en comparación con los formatos estándares proporcionados por Cineplex u otros grupos de cines. Por lo tanto, solicitaban que se aclarara que las salas Prime estuvieran descartadas de la medida correctiva imputada, ya que la orden solo parecía aplicarse a las salas de cine convencionales. Además, señalaron que ASPEC solo había mencionado las salas de cine estándar en su denuncia.

1.9 En esa misma fecha, Cineplex presentó un documento adicional indicando que, con el propósito de cumplir adecuadamente con la orden dada, solicita una extensión de treinta (30) días hábiles para implementar la medida correctiva prescrita, con la intención de obtener primero una respuesta a su solicitud de aclaración.

1.10 El 5 de marzo de 2018, se decidió suspender temporalmente la aplicación de la medida correctiva ordenada por la Sala, desde el 26 de febrero de 2018 (fecha en la que Cineplex pidió el esclarecimiento) hasta que el proveedor fuera notificado oficialmente con la resolución de la Sala que aborde su solicitud de esclarecimiento.

1.11 Mediante Resolución N° 467-2018/SPC-INDECOPI, la Sala esclareció de oficio lo que indicaba la medida correctiva precisando lo siguiente:

- Respecto de la afirmación “*acceso a alimentos estará limitado a aquellos productos similares a los que Cineplex ofrece en sus establecimientos*”, indicó que esta buscaba autorizar a los consumidores que pudiesen hacer el ingreso a las salas de dicha empresa con iguales o similares comestibles y bebidas que éste ofrece dentro de su local comercial. Siguiendo lo expuesto, se indica que, si Cineplex proporcionaba en sus salas cinematográficas productos como palomitas de maíz saladas, palomitas de maíz dulces, refrescos, salchichas (hot dogs) y helados, entre otros ejemplos, los clientes podrían acceder a las salas con estos productos comprados fuera de las instalaciones.
- Respecto a los bienes de características similares a los ofertados por Cineplex en sus locales comerciales, se debía entender que estos no debían ser necesariamente del mismo proveedor comercial que los bienes que ofrece Cineplex, por lo que pueden ser de diferente proveedor comercial al vendido por el denunciado, sí y solo sí nos encontramos frente al mismo tipo de bien. Así, por ejemplo: si la empresa ofrece en sus establecimientos caramelos de una marca en específico, el consumidor también podrá llevar al establecimiento caramelos de marcas diferentes pero que sean de características similares a los vendidos en Cineplex.
- El servicio de salas Prime no está sujeto a la medida correctiva consignada por la Sala y esto se debe a que la estructura de dicho negocio difiere con el formato objeto de la denuncia y análisis del Procedimiento Administrativo Sancionador.

ÍNDICE

RESUMEN DEL EXPEDIENTE.....	ii
ÍNDICE	x
I. INTRODUCCIÓN	1
II. HECHOS RELEVANTES.....	3
2.1 La Denuncia	3
2.2 Admisión de la denuncia ante INDECOPI.....	7
2.3 Descargos presentados por Cineplex S.A.....	7
2.4 Resolución Final N° 850-2017/CC2.....	9
2.5 Recurso de Apelación	10
2.6 Observaciones de Cineplex S.A.....	11
2.7 Precisiones de ASPEC.....	12
2.8 Resolución de Segunda Instancia.....	13
2.9 Voto en Discordia	14
2.10 Solicitud de Aclaración presentada por Cineplex S.A.....	15
2.11 Contestación de la Sala a solicitud de aclaración de Cineplex S.A.....	16
2.12 Carta N° 61-2018/CC2-INDECOPI y N° 62-2018/CC2-INDECOPI	16
2.13 Denuncia por incumplimiento	17
2.14 Descargos de Cineplex S.A	17
2.15 Inspección.....	17
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	19
IV. ANÁLISIS Y OPINIÓN.....	19

4.1 ¿ASPEC contaba con legitimidad para obrar activa en el presente caso? ..19	
4.2 ¿Existió en el presente caso una correcta imputación de cargos? 20	
4.3 ¿Constituye una infracción en materia de protección al consumidor el establecer restricciones que impidan a los consumidores ingresar a la sala de cine con comestibles comprados fuera del establecimiento? 23	
4.4 ¿Constituye una infracción el vender productos con precios excesivos? 31	
4.5 ¿Constituye una infracción no vender alimentos saludables en el cine? 31	
4.6 ¿La sanción a imponer fue correcta? 32	
4.7 ¿La medida correctiva ordenada fue idónea? 33	
V. CONCLUSIONES	34
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe expone un análisis sobre los problemas jurídicos presentados en el Expediente N° 148-2017/CC2, consistente en la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios - ASPEC en el año 2017 contra Cineplex S.A. – Cineplanet, reconocida cadena de cines, ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, acerca de la política de Cineplex S.A. de prohibir a sus consumidores llevar productos alimenticios que fueran adquiridos fuera de sus instalaciones.

Dicha política de impedimento de acceso de comestibles comprados en lugares distintos de las salas cinematográficas ha sido motivo de controversia en diversos países alrededor del mundo, siendo que por un lado las empresas que se dedican a la exhibición cinematográfica argumentan que dichas políticas son beneficiosas para el consumidor, en tanto elevar el precio de las bebidas y alimentos, les permite reducir el precio de las entradas al cine, lo cual beneficia finalmente a los consumidores. Por otro lado, los consumidores y las organizaciones de defensa de los derechos de los mismos, señalan que estas restricciones son abusivas, limitan la libertad de elección de los clientes y atentan contra sus intereses económicos ya que los precios a los que se expenden los productos alimenticios ofrecidos en las salas de cines son excesivamente elevados comparados con los precios de mercado.

En el caso específico, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó las siguientes conductas infractoras:

- i. El proveedor en cuestión habría violado los términos establecidos en los artículos 47° inciso b, 48° inciso c y 57° de la Ley N° 29571, conocida como el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Esto se habría dado al ofrecer productos alimenticios a precios considerados altos, con el propósito de que los consumidores puedan acceder a las salas cinematográficas con dichos productos.
- ii. Se alega que se han cometido posibles violaciones a los artículos 49°.1, 50° inciso e y 58°.1 de la Ley N° 29571, debido a que el proveedor mencionado habría limitado la entrada a sus salas cinematográficas con aquellos alimentos que no fueron adquiridos dentro del local.

- iii. No se habrían dado las razones de la restricción de entrada de los productos alimenticios que no fueran comprados en el local del proveedor, cometiéndose así una presunta violación a los artículos 18°, 19° y 40° de la Ley N° 29571.
- iv. Por no cumplir con proporcionar comestibles saludables entre los productos ofrecidos a los consumidores en las salas de proyección violando así presuntamente los artículos 1°.1 inciso f, 18° y 19° de la Ley N° 29571.

Si bien se imputaron diversas conductas infractoras, el presente informe se centrará en el extremo referido a la limitación de acceso de los consumidores a las salas de proyección, en caso acudan a dicho establecimiento con alimentos adquiridos en un proveedor distinto al cine. Ello en tanto, dicho extremo fue motivo de pronunciamientos contradictorios tanto por parte de la Comisión como de la Sala.

Dentro del marco legal peruano, INDECOPI tiene la facultad de investigar y sancionar las prácticas abusivas, protegiendo así los derechos de los consumidores. Es así que, dadas estas condiciones, el presente informe analizará los fundamentos legales presentados por ambas partes, así como los problemas jurídicos que surgen a partir de la colisión entre los derechos de los consumidores como es el derecho de libre elección de productos o servicios por parte de los consumidores y los derechos de las empresas proveedoras de bienes y/o servicios a desarrollar su actividad económica en el marco del libre mercado.

Finalmente se procederá a realizar un análisis respecto a lo ordenado por INDECOPI, que resolvió en última instancia dictar como medida correctiva a Cineplex S.A., cesar la aplicación de cláusulas limitativas que se opongan a los derechos e intereses de los consumidores.

II. HECHOS RELEVANTES

2.1 La denuncia:

El día veintisiete de enero del año 2017 la Asociación Peruana de Consumidores y usuarios (en adelante, ASPEC), representada por el señor Crisólogo Luis Cáceres Valle, interpuso una denuncia contra la empresa Cineplex S.A., debido a lo siguiente:

- i. Cineplex ofreció a los consumidores productos alimenticios a precios que excedían considerablemente sus precios de mercado.
- ii. Para que los clientes pudieran entrar a sus salas cinematográficas con los productos referidos, tenían que adquirirlos exclusivamente en su empresa. Esto restringía el derecho de los clientes de obtener dichos productos a un menor coste de otro proveedor.
- iii. Cineplex no sustentó la limitación señalada.
- iv. Cineplex no ofrecía a los consumidores productos comestibles y bebibles que fueran considerados saludables.

En específico solicitó:

- i. Se declaren las limitaciones interpuestas por Cineplex como ilegales por ser abusivas.
- ii. Se sancione a Cineplex S.A. de acuerdo con lo que sea razonable.
- iii. Se fijen las costas y costos que conllevan el procedimiento interpuesto.
- iv. Se instaure una multa por la conducta de Cineplex S.A. contraria a la norma y que en esa línea se le otorgue un porcentaje de la misma.

A criterio de ASPEC, las conductas denunciadas afectarían los siguientes derechos de los consumidores establecidos en el Código de Protección y Defensa de los Consumidores:

1. Artículo 1. Derechos de los consumidores.

El derecho a la salvaguarda de los intereses económicos, especialmente frente a cláusulas abusivas, lo que implica el derecho a seleccionar sin restricciones los productos y servicios

adecuados, ya que esto obliga a los clientes a pagar hasta cinco (5) veces más por los productos que podrían adquirir en otro lugar.

Esta es una cláusula instaurada de manera unilateral y abusiva; asimismo, es un método coercitivo que no permite al consumidor la posibilidad de elegir productos de igual o superior calidad y con características similares a un precio significativamente más bajo.

Se vulnera el derecho del consumidor a la libre elección, al ser obligado a consumir únicamente los productos que ofrecen, lo que implica sacrificar su economía y le niega la oportunidad de alimentarse de manera saludable.

2. Artículo 40. Obligación de comunicar sobre las limitaciones de acceso a los locales.

Este artículo en general establece que los comercios que impongan restricciones legítimas y razonables de acceso a sus locales deben comunicarlas a los clientes de forma explícita, precisa y puntual antes de que realicen una compra. Esto se realiza mediante la colocación de letreros o avisos visibles y accesibles en el exterior del local, así como utilizando otros medios de comunicación. Las restricciones no deben redactarse de manera vaga o confusa.

En esta situación, no se proporciona ninguna explicación y al mismo tiempo se indica que la prohibición de traer alimentos comprados fuera del establecimiento no es una restricción justificada. Esto se debe a que el principal propósito o producto ofrecido por empresas como Cineplex es la proyección audiovisual, no la venta de comida.

La limitación del consumo de comida sólo aplica para los productos comprados fuera del establecimiento, obligando a comprar únicamente los comestibles que se ofertan en el local, al precio que éste decida. De esta manera, no existe una restricción de carácter objetivo y justificable ya que como se señala, el consumo de alimentos no está prohibido, por lo que indicar que es suficiente con colocar un anuncio advirtiendo la restricción que prohíbe ingresar con alimentos comprados afuera, resulta inadmisibile e ilegal.

3. Artículo 47. Garantías mínimas del contrato de consumo.

De acuerdo con el artículo mencionado, no deben añadirse cláusulas ni llevar a cabo acciones que dificulten de forma injusta o excesiva la ejecución de los derechos del consumidor en los acuerdos contractuales.

Esta situación es aplicada por el proveedor del servicio, mediante la restricción señalada, siendo ésta muy onerosa y constituyendo un obstáculo para el ejercicio del derecho esencial de poder elegir entre los alimentos que se desea consumir ya sea en calidad, cantidad, nutrición, entre otros; ostentando esta elección mejores precios acordes a la realidad del mercado.

4. Artículo 48. Requisitos de las cláusulas contenidas en un contrato de consumo por adhesión.

El artículo menciona que, en este tipo de contratos, donde una de las partes acepta términos predefinidos o cláusulas estándar, se requiere que ambas partes actúen de buena fe y que haya un equilibrio adecuado en los derechos y obligaciones. Esto significa que no se pueden utilizar cláusulas que resulten abusivas en ningún caso.

Se argumenta que no se encuentra un balance adecuado entre los derechos y las responsabilidades de las partes, dado que el cine restringe a los consumidores llevar alimentos de la calidad y precio que prefieran, siendo forzados a comprar los alimentos disponibles en el establecimiento a los precios establecidos allí.

5. Artículo 49. Definición de cláusulas abusivas.

En los acuerdos contractuales donde una parte (el consumidor) acepta términos predefinidos sin aprobación administrativa, cualquier cláusula que no haya sido negociada individualmente y que, en contra del principio de buena fe, ponga al consumidor en desventaja o perjudique sus derechos, se considera abusiva y, por lo tanto, no puede ser aplicada.

La limitación a la que se hace referencia en la denuncia presentada priva al consumidor de sus derechos y lo pone en una posición desfavorable e inequitativa frente al proveedor, eliminando por entero su capacidad de elegir libremente, ya que están supeditados a lo que ofrece el proveedor.

6. Artículo 50. Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta.

Son inaceptables las cláusulas de este tipo, que impiden o restringen los derechos legales de los consumidores, como el derecho a realizar pagos anticipados, o a defenderse en caso de inobservancia, o a hacer valer el derecho de retención o de consignación, entre otros.

En este caso el proveedor impone una restricción abusiva de manera unilateral, negando la práctica de un derecho fundamental del consumidor, su libertad de elección.

7. Artículo 52. Inaplicación de las cláusulas abusivas.

Que por lo antes mencionado en el presente caso la autoridad competente es el INDECOPI para inaplicar las cláusulas abusivas de cualquier tipo.

8. Artículo 57. Prácticas abusivas.

Se consideran prácticas abusivas aquellas acciones que, valiéndose de la posición de vulnerabilidad del consumidor debido al escenario determinado de la relación de consumo, le apliquen condiciones que resulten sumamente costosas o imprevisibles al momento de realizar la transacción.

En este contexto, Cineplex S.A. es el proveedor que está una situación de ventaja, el cual de forma unilateral impone los términos del contrato a los usuarios y aprovecha su posición para imponer condiciones desfavorables a sus consumidores.

9. Artículo 58. Métodos comerciales agresivos o engañosos.

Todos los consumidores ostentan el derecho a estar amparados contra métodos comerciales agresivos o engañosos, lo que significa que los proveedores no pueden limitar la libertad de elección del consumidor de manera importante mediante prácticas como el acoso, la coerción, la influencia indebida o el engaño.

Esta restricción (de elegir los alimentos a consumir), constituye una práctica comercial agresiva que limita de sustancialmente la libertad de elección del consumidor.

2.2 Admisión de la denuncia ante INDECOPI

El día 23 de marzo del 2017, INDECOPI mediante Resolución N° 1 decide ADMITIR para su procesamiento la denuncia presentada por ASPEC contra Cineplanet por supuestas violaciones a la Ley N° 29571, basadas en las supuestas infracciones a los siguientes artículos:

- i. Artículos 47° inciso b, 48°, 57° de la norma, porque la entidad denunciada habría puesto a disposición de su público consumidor alimentos con precios elevados, con los cuales dicho público consumidor pueda ingresar con éstos a las salas cinematográficas.
- ii. Artículos 49.1, 50° inciso e, 58.1, de la ley, dado que Cineplanet, habría denegado la entrada a sus salas cinematográficas con comestibles obtenidos en su propio establecimiento.
- iii. Artículos 18°, 19°, 40°, del código, debido a que el denunciado no habría brindado un sustento o explicación para el impedimento de la entrada de alimentos no comprados en Cineplanet.
- iv. Artículos 1.1° inciso f, 18° y 19° del citado cuerpo normativo, puesto que la empresa denunciada, entre los productos alimenticios que ofertaba a los consumidores en sus establecimientos cinematográficos, no ofrecía alimentos saludables.

2.3 Descargos presentados por Cineplex S.A.

Cineplex S.A. es propietaria de la cadena Cineplanet. Según, Consultas RUC se constituyó y comenzó a funcionar en julio de 1999. Su función principal es la proyección de películas y videos, contando con un total de 269 pantallas en el Perú.

De acuerdo con Apoyo (2019), Cineplanet lidera el mercado con una participación del 49.78%, seguida por Cinestar (18.10%), Cinemark (16.83%), Cinerama (5.62%), UVK (4.47%) y otros (5.21%).

Mediante escrito de fecha 24 de abril de 2017 Cineplex S.A., representado por el señor Luis Ricardo Costa Velarde presentó sus descargos con los siguientes fundamentos:

1. Sobre las prácticas abusivas:

Aparente infracción a los Artículos 47° inciso b, 48°, 57° de la norma, porque Cineplex habría puesto a disposición de su público consumidor alimentos con precios elevados.

La empresa denunciada sustenta que en este caso no se estaría debatiendo lo dispuesto en el artículo 57° de la Ley N° 29571, porque esta norma hace referencia a las condiciones excesivamente onerosas, y la condición es un elemento accidental en un contrato que depende sólo de la voluntad de los otorgantes. Por lo que lo único que estaría sometido a evaluación es el precio de venta de los productos y este no puede considerarse como una condición del contrato, ya que, a diferencia de una condición, constituye un elemento esencial del mismo.

Por tanto, este supuesto señalado en la norma no aplica en el cumplimiento del servicio brindado por Cineplex SA, a raíz de que el precio tiene una naturaleza distinta a una condición. De esta manera, solicitan que sea declarada infundada la denuncia en ese extremo.

2. Acerca del impedimento de entrada a las salas cinematográficas con alimentos no comprados en ellas.

Artículos 49.1, 50° inciso e, 58.1, de la ley, dado que Cineplex, habría limitado la entrada a sus salas cinematográficas con alimentos que fueron obtenidos en su establecimiento.

Los denunciados en su descargo indican que los servicios que ellos brindan no se limitan únicamente a la presentación de películas, sino que también proporcionan el suministro de productos alimenticios como complemento a su actividad principal.

3. Sobre la falta de sustento o explicación de las restricciones en cuestión.

Artículos 18°, 19°, 40°, del Código, debido a que el denunciado no habría brindado un sustento o explicación para la restricción del ingreso de alimentos no comprados en Cineplanet.

Se sostiene que en correspondencia con lo que manifiesta el artículo 40° de la Ley N° 29571, su obligación como proveedor es informar al consumidor sobre las restricciones existentes, lo cual ha cumplido mediante avisos y carteles; los cuales el propio denunciante ha aportado en imágenes y lo que discute es si estas limitaciones son justificadas o no.

Al respecto el hecho que se brinde el servicio de reproducción de películas y que esta actividad no se encuentre subordinada al expendio de comida, no significa que no pueda dedicarse además a la venta de alimentos, ya que es totalmente factible que brinde ambos servicios de manera complementaria. Incluso cabe resaltar que la solicitud interpuesta por el denunciante

podría devenir en la pérdida de los contratos con las marcas que brindan los productos comestibles, generando menores ingresos.

4. En relación con la ausencia de venta de alimentos saludables.

Artículos 1.1° inciso f, 18° y 19° del citado cuerpo normativo, puesto que la empresa denunciada, entre los productos alimenticios que ofertaba a los consumidores en sus establecimientos cinematográficos, no ofrecía alimentos saludables.

Los denunciados alegan que dicha solicitud no se sustenta en ningún cuerpo legal, ya que no hay regulación que imponga a las empresas a vender productos específicos, siendo que las mismas tienen total libertad de comercializar los productos que decidan, según su criterio.

2.4 Resolución Final N° 850-2017/CC2

Mediante Resolución N° 850-2017/CC2 del veintiséis de mayo del año 2017, la Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta en todos sus extremos.

- i. En cuanto a la supuesta violación de los artículos 47° inciso b), 48° inciso c) y 57° del Código, que implicaba que la empresa cinematográfica ofrecía productos alimenticios a precios elevados, la Comisión determinó que no se había demostrado esta situación. Además, se determinó que la autoridad pública carecía de competencia para controlar los precios fijados por el proveedor en el mercado.;
- ii. En relación con la presunta infracción a los artículos 49°.1, 50° inciso e) y 58°.1 del Código, que sugieren que la empresa habría limitado la entrada a sus salas cinematográficas con cualquier tipo de alimento que no fuera comprado en su local. Esta entidad determinó que tal restricción estaba justificada y, por lo tanto, no constituía una amenaza para la seguridad pública, salud o moral. Más bien, se situaba dentro del ámbito de la libertad empresarial (en específico a su autogestión empresarial);
- iii. Con respecto a los artículos 18°, 19° y 40° del Código, que se refieren a la acción en la que la empresa no proporcionó justificación y/o explicación sobre las prohibiciones de ingreso de comestibles no comprados en su empresa a las salas cinematográficas, la Comisión concluyó que no existía un deber legal de proporcionar tal sustento para la restricción denunciada;

- iv. Con relación a los artículos 1°.1 inciso f), 18° y 19° del Código, que se refieren al caso en el que el proveedor no ofrecía productos alimenticios saludables en las salas cinematográficas, la Comisión concluyó que no constituye un quebrantamiento a las normas de protección al consumidor que el proveedor solo ofrezca ciertos tipos de comestibles.
- v. Rechazó la petición de medidas correctivas solicitadas por ASPEC, así como el pago de los gastos y costas del proceso.

2.5 Recurso de Apelación

ASPEC ante la emisión de la Resolución Final N° 850-2017/CC2 que declaró infundada su denuncia, fundamentó su petición en lo siguiente:

- i. Que, la denuncia interpuesta se basa en la protección de los intereses económicos y en concreto contra las cláusulas abusivas. También se refiere al derecho de elegir libremente los productos y servicios que sean idóneos y de calidad, siendo que los productos ofrecidos por el denunciado son hasta cinco (5) veces más onerosos que el precio original, no permitiendo al consumidor la opción de poder elegir productos de igual o mejor calidad.
- ii. Asimismo, señala que en su denuncia no busca que sea el Estado quien establezca los precios. Y que el indicar que unos alimentos pueden perturbar y otros no, no habiendo un parámetro que mida cuales sí y cuales no, resulta absurdo y discriminatorio.
- iii. Por otro lado, indica que una estructura de negocio no puede prevalecer sobre los derechos del consumidor, ya que la función principal de la Comisión de Protección del Consumidor es protegerlos.
- iv. De igual manera advierte que es absurdo sostener que basta sólo con comunicar a los consumidores de las restricciones, si éstas violentan los derechos del consumidor. Finalmente, precisa que no pretende obligar al denunciado a vender productos alimenticios saludables, pero sí brindar la opción a los consumidores de poder llevar sus propios alimentos saludables y consumirlos dentro de las salas de cine. De esta manera, no forzándolos a consumir únicamente los productos ofrecidos por el denunciado.

2.6 Observaciones de Cineplex S.A.

El 03 de noviembre del 2017 la entidad denunciada expuso sus observaciones con respecto a la apelación presentada por ASPEC.

1. Sobre el precio de los productos ofrecidos.

Que, no se ha distinguido entre las prácticas y las cláusulas abusivas.

2. Sobre las cláusulas abusivas.

Que, el precio no configura en sí una cláusula abusiva, ya que no hay ninguna clase de desventaja. La relación entre la oferta y la demanda la determina los precios.

3. Sobre las Prácticas Abusivas.

El precio de los productos tiene una naturaleza distinta a una condición ya que el precio es un elemento esencial y la condición es un elemento accidental.

4. En relación con el impedimento de entrada a las salas cinematográficas con productos alimenticios no adquiridos en dicho local.

La empresa no solo se dedica a la exhibición cinematográfica, sino paralelamente a la venta de alimentos. Además, indican que los proveedores tienen el poder de instaurar los términos y condiciones para acceder a sus servicios. En este caso, la única condición es que los consumidores pueden consumir alimentos adquiridos dentro del mismo establecimiento, sin que haya una regulación legal, ya sea implícita o explícita, que aborde este asunto.

5. Sobre la falta de sustento o explicación de las restricciones en cuestión.

El hecho que brinde el servicio de reproducción cinematográfica no impide, ni limita de ninguna manera la posibilidad de ofrecer también productos alimenticios como complemento a la actividad principal.

6. En cuanto a la escasez de ventas de alimentos nutritivos.

No sólo los empresarios son libres de elegir qué vender, sino que adicionalmente en el presente caso se podría inclusive alterar o transformar el verdadero rubro del negocio.

2.7 Precisiones de ASPEC

En 25 de enero del 2018, ASPEC hace las siguientes precisiones:

Al respecto del Expediente N° 3315-2004-AA/TC, la sentencia del Tribunal Constitucional, sobre los derechos del consumidor, señala que:

- i. En concordancia de nuestra Constitución Política, el libre mercado no puede basarse en el libertinaje irrestricto generando un atropello en los derechos del consumidor.
- ii. El principio pro consumidor señala que el Estado tiene un accionar tuitivo a favor del consumidor frente a las desventajas en las relaciones legales frente a los proveedores.
- iii. El principio que proscribe el abuso del derecho implica que el Estado tome acciones para abordar cualquier tipo de actividad procedente de prácticas y formas contractuales que resulten perjudiciales para los intereses legítimos de los consumidores.
- iv. El principio de isonomía real busca que las relaciones comerciales entre las partes sean equitativas entre aquellos que se encuentran en la misma situación y desiguales entre aquellos que tienen circunstancias desiguales.
- v. Mediante el Principio in dubio pro consumidor, la Administración interpretará las normas de manera más favorable a los administrados.

Se hace referencia a que las prácticas denunciadas han sido sancionadas en países como Brasil y España, como se muestra a continuación:

a) En Brasil

Mediante el Recurso Especial N° 744.602-RJ del Superior Tribunal de Justicia se ha determinado que los actos denunciados son considerados como una venta atada, condicionada para que el consumidor se vea obligado a adquirirlos dentro del cine, oponiéndose de esta manera a la libre decisión del consumidor. Dicha conclusión se basó en que el Estado debe observar el cumplimiento de los principios del derecho del consumidor; por lo que el proveedor de productos y servicios no puede entre otras formas de prácticas abusivas, imponer la compra de un producto o servicio como condición para adquirir otro producto o servicio.

b) En España

El Tribunal de Justicia de Castilla - La Mancha basó su prohibición indicando que, si bien es cierto que no se exige a todos los consumidores a comprar los productos, resulta evidente que se restringe intencionalmente la libre decisión de los consumidores, lo que causa un daño a los consumidores al ser obligados a solicitar los servicios complementarios de la empresa proveedora, afectando así los principios de buena fe y libre competencia.

2.8 Resolución de Segunda Instancia

Posteriormente, el 02 de febrero del 2018 la Sala Especializada en Protección al Consumidor emitió la Resolución N° 02019-2018/SPC-INDECOPI que señala lo siguiente:

- i. Ratifica la decisión tomada en primera instancia en la parte que declara sin fundamento la denuncia por la supuesta violación de los artículos 47° inciso b), 48° inciso c) y 57° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, argumentando que la defensa del consumidor no conlleva la controlar los precios del mercado.
- ii. Resuelve declarar la nulidad parcial de la resolución emitida en relación con la conducta en la que se señala que la empresa habría limitado la entrada a sus salas cinematográficas con productos diferentes de los adquiridos en dicho local, dado que dicha acción no se considera una posible violación al artículo 58° del Código del Consumidor, sino que en realidad se encuentra prevista como una transgresión a los artículos 49.1° y 50° del código mencionado (cláusula abusiva).
- iii. Se resuelve declarar la nulidad parcial en el punto que declaró infundada la denuncia por supuesto quebrantamiento a los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del código señalado, y por ende se declara Fundada; esto al haberse evidenciado que el impedimento de ingreso a las salas con productos comestibles obtenidos fuera del establecimiento representa una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que vulnera los derechos de los consumidores.
- iv. Se declara la nulidad parcial en el extremo que atribuyó y se manifestó respectivamente sobre la supuesta omisión de Cineplex S.A. al no respaldar y/o justificar el impedimento de ingreso de comestibles comprados al exterior

de su establecimiento; este asunto en particular fue examinado como una parte esencial de la acusación vinculada con la limitación de acceso de alimentos no comprados en su local a las salas cinematográficas.

- v. Ordenó la medida correctiva por la cual en el plazo de diez (10) días hábiles deberá abstenerse la aplicación de la cláusula abusiva en contra de los consumidores, por lo que deberá quitar de sus locales los avisos donde informan a los consumidores el impedimento de entrada con productos alimenticios obtenidos fuera de Cineplex. Gracias a esto, los consumidores podrán llevar alimentos iguales o similares a los ofertados por el proveedor.
- vi. Paralelamente, confirma la resolución emitida en el extremo que desestimó la denuncia presentada contra Cineplex SA, dado que el acto de ofrecer ciertas opciones de comestibles en sus salas cinematográficas no constituye una violación a las normativas que protegen al consumidor.
- vii. Se le impuso una sanción de Amonestación a causa de la cláusula abusiva, la misma que deberá ser registrada en el Registro de Infracciones y Sanciones de Indecopi, y se requerirá el pago de las costas y gastos correspondientes.

2.9 Voto en Discordia

La Vocal Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya emitió un voto en solitario respecto a los siguientes puntos: i) el impedimento de ingreso a las salas cinematográficas con comestibles que no hayan sido adquiridos en el local de Cineplex S.A., y; ii) la falta de sustentación y explicación de dicho impedimento por parte de la empresa.

Al respecto la Vocal destaca que la presentación de cargos constituye un paso crucial en el proceso sancionador, pues posibilita que el interesado tenga conocimiento de los hechos imputados y su clasificación como infracciones, permitiéndole ejercer su derecho de defensa de manera efectiva dentro de un proceso justo. Además, en esta etapa se definen los hechos que serán discutidos, evaluados y decididos durante el proceso, por lo que es crucial que la autoridad proceda con precaución al elaborarlos.

A través de la Resolución emitida el veintitrés de marzo del año 2017 y la Resolución 850-2017/CC2, la Secretaría Técnica de la Comisión y la Comisión, respectivamente, atribuyeron y se manifestaron sobre la acción de Cineplex S.A., que consistía en imposibilitar el acceso a sus salas cinematográficas con alimentos comprados externamente, considerándola como una violación de los artículos 49°.1, 50° inciso e) y 58°.1 del Código. Sin embargo, la vocal que

emite este voto opina que dicha acción debe ser examinada exclusivamente como una posible infracción del artículo 57° del Código, dado que se trata de una supuesta práctica abusiva que impone condiciones excesivamente gravosas a los consumidores.

Según el análisis del caso, ASPEC interpuso una denuncia contra Cineplex S.A. debido a la instalación de carteles que limitan la admisión de los consumidores a las salas con comestibles que no hayan sido conseguidos en el local. Se presentó como prueba una fotografía de uno de los avisos colocados por el denunciado, lo que confirma la existencia de tal restricción. La vocal argumenta que esta restricción no contraviene las normativas de protección al consumidor, ya que se establece como parte del modelo empresarial de la empresa y está relacionada con el expendio de productos alimenticios en sus establecimientos; el permitir la entrada libre de alimentos afectaría la estructura de costos de la empresa y vulneraría los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad empresarial.

Aunado a ello, la vocal destaca que los multicines, como es el caso de Cineplex S.A., ofrecen un conjunto de servicios que incluyen la venta de comestibles, por lo que la inversión y los costos operativos de estos establecimientos están relacionados con dicha venta. Por lo tanto, es totalmente razonable que el denunciado busque recuperar su inversión y costos a través de la venta de alimentos y bebidas. Es por ello que, se argumenta que el denunciado tiene el derecho de establecer políticas, tales como el impedimento de entrada de alimentos externos para de esa forma mantener sus fuentes de ingresos y desarrollar su negocio.

2.10 Solicitud de Aclaración presentada por Cineplex SA.

Con fecha 26 de febrero de 2018, el denunciado presentó una solicitud a la Sala para que clarifique la medida correctiva establecida con la Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI, ello debido a que la mencionada resolución carecía de claridad sobre el significado de "*productos de similares características a los que Cineplex S.A. oferta en sus locales*", dado que tanto la empresa como los consumidores podrían tener interpretaciones diferentes y opuestas al respecto, lo cual generaría nuevamente una disyuntiva entre los mismos.

Posteriormente, con fecha 01 de marzo del 2018 el denunciado amplió su requerimiento, señalando que la Sala no especifica si la medida correctiva impuesta se extiende al servicio Prime ofrecido por el denunciado. Se subraya el hecho de que el servicio Prime sigue un modelo diferente del formato habitual, con puntos de venta separados, entradas y servicios sanitarios exclusivos, áreas de espera diferenciadas, una confitería independiente, asientos ergonómicos

y reclinables con mesas y lámparas, y atención personalizada por medio de mozos. Es relevante mencionar que las salas Prime tienen únicamente sesenta (60) butacas por sala.

2.11 Contestación de la Sala a solicitud de aclaración de Cineplex S.A.

Con Resolución N° 0437-2018/SPC-INDECOPI de fecha dos de marzo del año 2018, la Sala dispuso de oficio que se suspendieran los efectos de la Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI, en el extremo que se refiere a la medida correctiva exigida.

El 5 de marzo de 2018, la Sala emitió una aclaración con respecto al enunciado sobre el acceso de alimentos a las salas cinematográficas de la empresa. Se especificó que cuando se menciona "*la entrada con alimentos se supeditará a aquellos productos iguales (...) a los que Cineplex oferta en sus locales*", se refiere a posibilitar que los consumidores puedan llevar comestibles iguales a los que la empresa ofrece dentro de su establecimiento. Adicionalmente, se le recomienda a Cineplex tener en su página web, así como en sus establecimientos una lista de los productos que comercializa.

Respecto a la frase "*el ingreso de alimentos se supeditará a aquellos productos (...) de similares características a los que Cineplex vende en sus locales*", se señala que no es necesario que los productos sean de la misma marca, pero sí del mismo tipo, y que deben cumplir con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Esto implica que los productos autorizados deben tener presentación y cantidad similares a los comercializados por Cineplex. Además, se aclara que el servicio Prime, al ser un modelo de negocio diferente, no está sujeto a la medida correctiva dictada por la Sala. Con todo lo señalado, se comunicó que ya se tendría que ejecutar la medida correctiva.

2.12 Carta N° 61-2018/CC2-INDECOPI y N° 62-2018/CC2-INDECOPI

Con fecha dieciséis de abril del año 2018 mediante Carta N° 61-2018/CC2-INDECOPI y N° 62-2018/CC2-INDECOPI, la Comisión notificó a Cineplex S.A. sobre los reclamos de dos consumidores respectivamente. Uno de ellos indicaba que el personal del establecimiento le prohibió la entrada al local en el distrito de San Miguel porque llevaba una bebida gaseosa. El segundo consumidor informó que se le negó el acceso al local situado en San Juan de Miraflores por traer consigo una bebida gaseosa y varios alimentos, entre ellos un (1) chocolate en barra y dos (2) papitas fritas.

2.13 Denuncia por incumplimiento

Con fecha diecisiete de abril del año 2018, un tercer ciudadano interpuso una denuncia contra Cineplex S.A. alegando una inobservancia de la medida correctiva ordenada, indicando que el quince de abril de ese mismo año deseó acceder a una de las salas del establecimiento con un refresco de medio litro. El personal del establecimiento le habría denegado la entrada, explicándole que solo se permitía ingresar con una bebida en un recipiente similar al que se vende dentro del local, es decir, en un vaso.

2.14 Descargos de Cineplex S.A.

Mediante escrito del 23 de abril del año 2018 el denunciado presentó sus descargos en relación con lo señalado en la Carta N° 61-2018/CC2-INDECOPI y N° 62-2018/CC2-INDECOPI, indicando lo siguiente:

1. Que en conformidad de la medida correctiva emitida se procedió a retirar de todos los establecimientos los carteles que prohibían acceder con productos comestibles y/o bebidas adquiridas fuera. Además, se implementaron carteles informativos para indicar a los clientes, qué productos están autorizados para ser llevados dentro de las salas de cine.
2. En cuanto al caso específico del consumidor que portaba una bebida gaseosa, se indica que estas bebidas en botellas de plástico están prohibidas, ya que no son iguales a la presentación ofrecida por el establecimiento. No obstante, se ofreció al cliente la posibilidad de pasar el contenido de la botella en un vaso que se le proporcionó de manera gratuita.
3. Respecto al impedimento de ingreso del segundo consumidor quien llevaba consigo también una bebida gaseosa y alimentos como un (1) chocolate en barra y dos (2) papitas fritas, señaló que ninguno de los productos mencionados, excepto el chocolate, están permitidos; la bebida gaseosa no estaba contenida en un recipiente con características parecidas a los que se ofrecen en el establecimiento, y los otros alimentos no se corresponden con los que se venden en los locales ni presentan similitudes con ellos.

2.15 Inspección

Con el propósito de confirmar la obediencia de la medida correctiva emitida, empleados de la Secretaría Técnica de la Comisión realizaron una inspección encubierta al proveedor en uno de

los locales de Cineplex S.A. el 24 de abril de 2018. Un miembro de la Comisión entró sin problemas a las salas de cine mientras realizaba esta diligencia, a pesar de que portaba un vaso desechable lleno de “Coca Cola”.

Por su parte, otra representante quiso entrar con una botella de plástico, pero el personal del cine le impidió la entrada, indicando que esto se encontraba prohibido y le ofrecieron dos opciones: “(i) dejar el artículo al cuidado de los colaboradores o (ii) volcar el contenido en un vaso de plástico, el cual se le proporcionaría de forma gratuita”, siendo esta última opción aplicable únicamente una vez. Además, se constató que se colocaron carteles informativos en la entrada de las salas de cine para informar sobre los comestibles autorizados.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

De la revisión de los actuados durante la denuncia administrativa y de los argumentos al momento de emitir sus resoluciones finales tanto de primera como de segunda instancia, considero que los problemas jurídicos del expediente deben ser los siguientes:

- i. ¿ASPEC contaba con legitimidad activa para obrar en el presente caso?
- ii. ¿Existió en el presente caso una correcta imputación de cargos?
- iii. ¿Constituye una infracción en materia de protección al consumidor el establecer restricciones que impidan a los consumidores ingresar a la sala de cine con alimentos adquiridos fuera del establecimiento?
- iv. ¿Constituye una infracción el vender productos con precios excesivos?
- v. ¿Constituye una infracción no vender alimentos saludables en el cine?
- vi. ¿La sanción a imponer fue correcta?
- vii. ¿La medida correctiva ordenada fue idónea?

IV. ANÁLISIS Y OPINIÓN

A continuación, se analizará cada problema jurídico y se fundamentará la posición respecto a cada interrogante.

4.1 ¿ASPEC contaba con legitimidad para obrar activa en el presente caso?

La ASPEC es una asociación de consumidores sin fines de lucro que se establece en cumplimiento de la normativa del Código Civil. Representa los intereses difusos y colectivos de los consumidores. También defiende a sus socios y a quienes le hayan otorgado poderes, sean o no personas jurídicas.

Los intereses difusos están referidos a la protección de derechos de un conjunto indeterminado de consumidores en tanto que, los intereses colectivos están referidos a la protección de un conjunto determinado o determinable de consumidores (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010).

En el presente caso, considero que ASPEC cuenta con legitimidad para obrar activa e interpuso la denuncia en contra de Cineplex en amparo de un interés difuso de los consumidores porque

su objetivo es resguardar los derechos de los usuarios de los cines, lo cual constituye un grupo indeterminado de consumidores.

Cabe indicar, que en caso una denuncia interpuesta por una Asociación de Consumidores sea declarada fundada, dicha asociación podría tener derecho a una participación sobre la multa de hasta un máximo del 50%.

4.2 ¿Existió en el presente caso una correcta imputación de cargos?

Según lo instaurado en el artículo 107° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el procedimiento administrativo en materia de Protección al Consumidor se configura como un proceso sancionador destinado a determinar si existe o no una infracción administrativa.

Dentro de los principios que rigen la Potestad Sancionadora se encuentra el principio del debido procedimiento, regulado en el artículo 248° del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual establece la necesidad de separar claramente al órgano encargado de la instrucción en el procedimiento del órgano encargado de resolver y aplicar la sanción correspondiente. Esta separación garantiza la imparcialidad del órgano resolutor y evita dudas sobre su objetividad.

En el caso del procedimiento ordinario en materia de Protección al Consumidor, esta exigencia se cumple, ya que la Secretaría Técnica de la Comisión actúa como órgano instructor del procedimiento, mientras que la Comisión de Protección al Consumidor es el órgano encargado de resolverlo.

En su función de órgano instructor, la Secretaría Técnica tiene la responsabilidad de ejecutar una imputación precisa de los cargos. Incluso si el denunciante comete errores al calificar ciertos hechos como infracciones, es deber de la Secretaría Técnica ejecutar una imputación precisa de la conducta presuntamente infractora. Esto garantiza que el presunto infractor pueda ejercer adecuadamente y a tiempo su derecho de defensa.

a. En relación con los métodos comerciales agresivos y engañosos

El artículo 58 del Código establece que los consumidores tienen el derecho a estar protegidos contra prácticas comerciales agresivas o engañosas. Esto significa que los proveedores no pueden utilizar métodos que limiten significativamente la libertad de elección del consumidor mediante tácticas como el acoso, la coerción, la influencia indebida o el engaño.

En resumen, se prohíben prácticas como:

- i. Dar la apariencia de que el consumidor ha ganado una recompensa o beneficio cuando en realidad no es así, o cuando obtenerlo requiere un pago o gasto adicional.
- ii. Cambiar la información ofrecida al consumidor sin su consentimiento expreso e informado al momento de la contratación.
- iii. Modificar los términos del producto o servicio sin la conformidad explícita y consciente del consumidor antes de celebrar el contrato.
- iv. Realizar visitas no solicitadas al domicilio del consumidor o contactarlo de manera persistente e impertinente por teléfono, fax, e-mail u otros medios, ignorando las solicitudes del consumidor para cesar estas actividades.
- v. Utilizar call centers, sistemas de llamadas telefónicas, mensajes de texto o correos electrónicos masivos para promover productos y servicios a consumidores que han manifestado su elección de no ser contactados para este tipo de promociones.
- vi. En términos generales, cualquier práctica que incluya engaño, violencia o intimidación y que haya influido en el consumidor para su decisión de contratar o en su consentimiento.

Sumado a esto, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, en la Resolución N° 3399-2018/SPC-INDECOPI ha declarado que, lo más trascendental que el Código distingue es que, independientemente de que el consumidor siempre tenga la opción final de determinar si contrata o no un servicio ofrecido, su voluntad no debe ser influenciada de manera injusta por el proveedor. En otras palabras, el proveedor no debe efectuar prácticas que busquen que la decisión se tome impulsivamente o sin tener toda la información necesaria.

En relación con este asunto, es imperativo señalar que para que una acción sea calificada como una estrategia comercial agresiva o engañosa, debe afectar la libertad de elegir del consumidor e implicar prácticas como el acoso, la coacción o la influencia indebida, lo que puede interponerse en la elección de adquisición de los consumidores.

En este caso, se acusó al proveedor de comportamiento poco ético al impedir que los clientes introdujeran en las salas de cine comida procedente de establecimientos ajenos a Cineplex. Sin embargo, considero que esta restricción no califica como un método comercial agresivo o engañoso, ya que los consumidores son debidamente informados sobre esta restricción y tienen conocimiento de ella cuando deciden efectuar su compra. Además, no se observa la presencia de acoso, coacción o influencia indebida en esta conducta.

Por lo tanto, soy de la opinión de que la Secretaría Técnica efectuó una imputación incorrecta al calificar esta conducta como una probable infracción al artículo 58°.1 del Código.

b. Sobre las Cláusulas abusivas

El Código de Consumo estipula en su artículo 49° criterios para identificar cláusulas abusivas en contratos, destacando que aquellas no son objeto de negociación individual y que ponen al consumidor en una situación desfavorable e injusta o que invalidan sus derechos. Estas cláusulas son consideradas inexigibles según los principios de buena fe. Además, en el inciso “e” del artículo 50° el Código especifica cláusulas que son absolutamente ineficaces, como aquellas que restringen los derechos legales de los consumidores, como el derecho a realizar pagos anticipados o prepagos, o a ejercer la excepción de incumplimiento, retención o consignación. Estas disposiciones están diseñadas para tutelar los derechos e intereses de los consumidores en situaciones contractuales desiguales. Asimismo, al ser de ineficacia absoluta, son consideradas abusivas per se, sin necesidad de un análisis previo.

Sobre el particular, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018), ha indicado en su Resolución Final N° 3152-2018/SPC-INDECOPI un principio fundamental, que las regulaciones sobre cláusulas abusivas no están dirigidas a intervenir en la fijación de precios. Esta postura se alinea con el principio de economía social de mercado que preside en el ordenamiento legal peruano, el cual defiende la libertad de los actores privados para establecer precios en el mercado. Por consiguiente, al evaluar la presencia de una cláusula abusiva, el análisis se centra en aspectos jurídicos relacionados con los derechos y obligaciones de las partes implicadas en el acuerdo contractual, en lugar de centrarse en consideraciones económicas vinculadas con el precio. Este enfoque tiene como objetivo principal asegurar un equilibrio justo en las relaciones contractuales, velando por los intereses tanto de los consumidores como de los proveedores. De esta manera, se promueve un ambiente comercial justo y equitativo, donde se respeten los derechos y obligaciones de las dos partes.

En ese sentido, es importante destacar lo indicado por la Sala, que el objetivo del control de abusividad de las cláusulas abusivas de un contrato de consumo es examinar si las cláusulas restringen los derechos de una de las partes -en este ejemplo, los consumidores- en lugar de determinar si el contrato forja más beneficios económicos para cualquiera de las partes.

En concordancia con esto, coincido completamente con el fallo de la Sala de declarar la nulidad de la Resolución N° 850-2017/CC2 de la Comisión y de la Resolución N° 1 emanada por la Secretaría Técnica, en lo que respecta a la incriminación del impedimento de la entrada a las

salas cinematográficas con alimentos obtenidos al exterior del establecimiento, considerando que esta conducta se ajusta mejor al tipo infractor de limitación de cláusulas abusivas en los contratos de consumo y no en el supuesto de métodos comerciales agresivos o engañosos.

De igual manera, comparto la posición de la Sala en la nulidad de la imputación relacionada con la carencia de argumentación del impedimento de acceso instaurada por Cineplex, dado que no existe obligación legal alguna que imponga la justificación de impedimentos o condiciones de los proveedores. Únicamente basta que la restricción sea adecuada y conforme al ordenamiento jurídico. Adicionalmente, en mi opinión, esta conducta ya había sido debidamente examinada al evaluar si la mencionada prohibición constituía una cláusula abusiva.

4.3 ¿Constituye una infracción en materia de protección al consumidor el establecer restricciones que impidan a los consumidores ingresar a la sala de cine con comestibles comprados fuera del establecimiento?

Para responder esta interrogante es menester primero señalar a qué tipo de infracción nos referimos, en otras palabras, a las cláusulas abusivas, así como el derecho afectado por parte del denunciado, Cineplex, es decir su derecho a la libre empresa.

a. Sobre las cláusulas abusivas:

Se entenderá por una cláusula abusiva a una disposición contractual cuando, ya sea en un contrato de adhesión o en las cláusulas generales de contratación, se imponga condiciones desventajosas o desiguales al consumidor en perjuicio de sus derechos. La característica principal de estas cláusulas es que son redactadas de manera unilateral por el proveedor de bienes o servicios y son dictadas al consumidor, sin que este tenga la opción de negociarlas o cambiarlas

Estas cláusulas las encontramos en los contratos de adhesión, ya que en el mismo una parte señala previamente las reglas contractuales de manera uniforme y generalizada, sin permitir la negociación individualizada por parte de la contraparte, quien se une no puede disfrutar completamente de su derecho a la libertad contractual, ya que no tiene la oportunidad de contribuir o influir en la redacción del acuerdo de ninguna manera. (Herrera- Tapia, 2015).

Las cláusulas abusivas suelen favorecer de manera desproporcionada al proveedor o restringir de forma injusta los derechos del consumidor; pueden incluir disposiciones que eximan o

restringan la responsabilidad del proveedor en caso de incumplimiento, establezcan condiciones abusivas de pago o modificación del contrato, impongan barreras injustificadas para ejercer los derechos del consumidor, entre otros aspectos perjudiciales.

Según Diez Picazo (1996), las cláusulas abusivas emergen de una disparidad de poder, donde el proveedor, con una posición más fuerte, puede imponer condiciones que le otorgan mayores derechos o prerrogativas, mientras disminuye o incluso elimina sus propias obligaciones. Este desequilibrio inherente a menudo se traduce en términos contractuales que benefician de manera injusta al proveedor en detrimento del consumidor.

Adicionalmente, se destaca la variedad de términos utilizados para describir estas cláusulas que contravienen los principios de buena fe, concediendo ventajas desproporcionadas a una de las partes en perjuicio de la otra. Esta discrepancia en el poder de negociación se manifiesta en la manipulación de recursos técnicos, como las cláusulas generales de contratación, por parte del predisponente para asegurarse una posición privilegiada en caso de conflicto.

En última instancia, Diez Picazo (1996) subraya la importancia de identificar y abordar estas prácticas que socavan la equidad en las relaciones contractuales. Este enfoque no solo protege los derechos de los consumidores, sino que también promueve la integridad y la transparencia en el mercado, fomentando así relaciones comerciales más justas y equitativas para todas las partes involucradas.

En concordancia con lo señalado, estas cláusulas son consideradas abusivas porque, violan principios fundamentales del derecho del consumidor, como la buena fe y el equilibrio en las relaciones contractuales al imponer condiciones desfavorables al consumidor. Estas cláusulas crean una disparidad injusta entre las partes y pueden anular los derechos que el consumidor tiene garantizados por la normativa de protección al consumidor, lo cual va en contra del objetivo principal de la legislación de protección al consumidor, que es asegurar que los consumidores estén resguardados de prácticas comerciales injustas y abusivas.

De acuerdo con Tellez (2022), las cláusulas abusivas surgen como consecuencia del ejercicio indebido de la libertad empresarial. Esta postura invita a considerar su eventual aceptación como causa de protección económica, especialmente cuando estas cláusulas se caracterizan por su gravedad, su aplicación sistemática y el número considerable de personas afectadas. En este sentido, se plantea la posibilidad de que la admisión de estas cláusulas como motivo de protección económica se vincule estrechamente con la necesidad de corregir desequilibrios y abusos en las relaciones comerciales.

Es crucial recordar que la defensa del consumidor no solo constituye una medida reactiva frente a situaciones de injusticia, sino que también es un componente esencial de la regulación del mercado. A través de esta protección, se busca garantizar la integridad y la equidad en las transacciones comerciales, promoviendo así la confianza de los consumidores y la estabilidad del mercado en su conjunto. En última instancia, este enfoque contribuye a la construcción de un entorno económico más justo y transparente, donde los derechos y el bienestar de los consumidores sean debidamente respetados y protegidos.

De igual manera la Resolución N°0078-2012/SC2-INDECOPI indica que se trata de una cláusula abusiva cuando esta cumple con las siguientes características: (i) no ha sido objeto de negociación entre las partes; (ii) no hay alternativas para los consumidores, dicho de otro modo, no existe otro proveedor que brinde cláusulas diferentes, y; (iii) existe una desproporción irrazonable entre los beneficios, riesgos y costos reconocidos por ambas partes, lo que perjudica al consumidor. Estas disposiciones están diseñadas para amparar los derechos de los consumidores y promover relaciones comerciales imparciales y equitativas.

Respecto al efecto de las mismas Claveria (2008) señala que las cláusulas abusivas son consideradas nulas de pleno derecho, lo que implica que se anulan automáticamente y se consideran como si nunca hubieran formado parte del contrato.

Además, señala que el control ejercido por las normativas sobre estas cláusulas ya sea que se trate de condiciones generales o no, resulta en su nulidad. Es importante destacar que esta nulidad, aunque sea de carácter automático, no puede ser solicitada por la parte que introdujo la cláusula abusiva en el contrato. Como resultado, estas cláusulas se eliminan del contrato como si nunca hubieran estado presentes, lo que crea una especie de ineficacia parcial coercitiva.

Este aspecto implica un cambio en la concepción del contrato como un acuerdo basado en el consentimiento mutuo sobre los términos económico-sociales, ya que se establece como contenido contractual definitivo algo que podría no haber sido aceptado por una de las partes contratantes. En esencia, esta medida busca proteger los derechos de ambas partes involucradas en el contrato y garantizar una relación contractual justa y equitativa, al tiempo que desalienta la inclusión de cláusulas abusivas por parte de los proveedores.

Asimismo, existen dos enfoques principales para controlar los derechos de los consumidores: la tutela autónoma o paraestatal y la tutela estatal. Esta última se realiza mediante de dos mecanismos de control: el control legal y el control judicial.

Sobre la primera cabe resaltar que la tutela autónoma, implica un tipo de supervisión que se lleva a cabo sin la intervención directa del gobierno. Aquí, la responsabilidad recae en los ciudadanos, ya sea de manera individual o en conjunto como grupo (Rodríguez Chávez 2012). Un ejemplo de lo mencionado es la posibilidad de que el consumidor pueda recurrir al Libro de Reclamaciones ante cualquier queja o reclamo, o en todo caso el informarse debidamente a través de la lectura de las cláusulas del contrato de consumo, para defender sus intereses por sí mismo.

Por otra parte, la tutela estatal se refiere al examen llevado a cabo por el gobierno o sus organismos designados, ya sea directamente o a través del otorgamiento de autoridad a entidades sectoriales. Este proceso tiene como objetivo verificar, depurar y, en algunos casos, autorizar previamente el contenido de las cláusulas que formarán parte de los contratos futuros, especialmente aquellos suscritos por adhesión o bajo cláusulas generales de contratación. Esta supervisión estatal tiene la capacidad de eliminar de manera anticipada aquellas cláusulas que puedan contener términos abusivos y que podrían causar desequilibrios en las relaciones contractuales que se establecerán en el futuro. Este enfoque busca garantizar la equidad y la protección de los consumidores antes de que surjan posibles conflictos derivados de cláusulas injustas o desproporcionadas. (Rodríguez Chávez 2012).

Respecto a la tutela estatal, en específico referido al control legislativo, lo que se busca es que a través de la promulgación de leyes se establezca un marco legal claro para amparar a los consumidores y garantizar transacciones justas y equitativas.

Por otra parte, el control judicial es importante ya que es insuficiente que el consumidor tenga un marco legal que lo respalde. Este además precisa del sistema judicial para resolver cualquier disputa que surja. En este caso, un juez será responsable de abordar las problemáticas planteadas por la aceptación del consumidor de los términos propuestos por la otra parte contratante. El objetivo es declarar la invalidez de las cláusulas abusivas y ordenar la corrección del contrato comprometido, restableciendo así el equilibrio en la relación contractual. Este enfoque busca garantizar que las partes involucradas sean tratadas de manera equitativa y que se respeten sus derechos durante el proceso de resolución de disputas. (Rodríguez, 2012).

Por otra parte, se observa el siguiente tratamiento de las cláusulas abusivas en la legislación de otros países:

- En España, este tipo de cláusulas se encuentran normadas por la “Ley de Condiciones Generales de Contratación” y la “Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios”. De

acuerdo con estas leyes, las cláusulas abusivas devienen en nulas y se consideran no escritas, lo que significa que no tienen efecto vinculante para el consumidor. Esto se debe a que estas cláusulas contravienen los principios de buena fe y equilibrio en las relaciones contractuales, y las leyes buscan tutelar los derechos de los consumidores frente a prácticas comerciales desleales.

- En Estados Unidos, las cláusulas abusivas están reguladas principalmente por la “Ley de Prácticas Justas en el Mercado (Federal Trade Commission Act)” y la “Ley de Protección al Consumidor (Consumer Protection Act)”. Además, las entidades como la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) y la Oficina de Protección Financiera del Consumidor (Consumer Financial Protection Bureau) suelen ser responsables de hacer cumplir estas leyes y amparar los derechos de los consumidores. En algunos casos, las cláusulas abusivas pueden ser consideradas ilegales y sancionadas por estas entidades.
- Dentro del marco de la Unión Europea, las cláusulas abusivas están reguladas por la “Directiva sobre Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con consumidores”. Esta directiva establece un marco común para los Estados miembros de la Unión Europea, señalando que tienen la responsabilidad de tomar acciones efectivas para asegurar que los consumidores estén protegidos contra este tipo de cláusulas en los contratos.
- En Australia, la norma que protege a los consumidores contra las cláusulas contractuales injustas, engañosas y/o abusivas, es la “Ley de Consumidores y Competencia (Australian Consumer Law)”, existiendo la Comisión australiana de Competencia y Consumo por sus siglas ACCC (Australian Competition & Consumer Commission), la cual es competente para tomar medidas contra estas prácticas.

En el caso concreto del Perú, existe una distinción clara entre las prácticas abusivas y las cláusulas abusivas en la esfera de las relaciones de consumo. Mientras que las cláusulas abusivas se refieren a disposiciones contractuales injustas o desventajosas impuestas unilateralmente por el proveedor en un contrato de adhesión. Las prácticas abusivas son acciones o comportamientos del proveedor que pueden ser considerados coercitivos o engañosos dentro de la relación de consumo, aunque no estén necesariamente estipulados en un contrato específico. Las prácticas abusivas pueden incluir acoso, coacción, influencia indebida u otras acciones que limiten la libre elección del consumidor o que vulneren sus derechos de alguna manera.

Adicionalmente, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, prescribe en su artículo 1.1 literal “c” como uno de los derechos del consumidor el “Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas”.

Sobre el particular, se aprecia del expediente como medio probatorio, el registro fotográfico de un cartel instalado por Cineplex en una de sus salas cinematográficas, en el que se indica que está prohibido entrar con comestibles adquiridos fuera de sus locales. En ese sentido, podemos decir que está comprobada la existencia de la prohibición denunciada, por lo tanto, compete revisar si dicha prohibición tenía alguna justificación correcta.

Al respecto, en mi opinión, la prohibición materia de estudio es efectuada por un proveedor que tiene por negocio principal el exhibir películas cinematográficas, siendo esto parte de su estructura de negocio; pues, de lo contrario, se vería afligida su organización de costos.

De igual manera, soy de la opinión de que en el escenario que se dejara de impedir la entrada de los consumidores con comestibles a las salas, las empresas no podrían supervisarlos, lo que traería consigo que se afecte el bienestar de los demás usuarios, ya que no podrían disfrutar la película conforme a sus expectativas. Asimismo, Cineplex potencialmente pudiera sufrir una pérdida económica, así como problemas en los contratos comerciales con marcas asociadas (por ejemplo, con Coca Cola, Mars Inc., etc.).

Sumado a esto, la medida correctiva requiere que el personal de las cadenas de cines desempeñe un papel similar al de "evaluadores de alimentos", encargados de asegurar la uniformidad en presentación y cantidad de los productos. E implica que los consumidores realicen una comparación entre los productos ofrecidos en el cine y aquellos que deseaban adquirir en otros lugares, para evitar la posibilidad de tener que consumirlos antes de entrar a la película o, en el peor de los casos, desecharlos.

Sobre la Resolución de la Sala Especializada, se debe señalar que no proporciona una justificación clara sobre la diferenciación entre el formato Prime y el formato estándar. De acuerdo con Segovia y Olano (2020), lo que sugiere esta desigualdad es que la medida correctiva puso de manifiesto las inconsistencias en la argumentación de la resolución final del INDECOPI relacionada con la presunta infracción administrativa. Tanto las salas Prime como cualquier otro tipo de sala, son conjuntos de características que la empresa ha decidido establecer y brindar según las demandas identificadas en el mercado. Para garantizar el buen funcionamiento del negocio, cada formato establece sus propias directrices. La única diferencia entre los formatos estándar y Prime es que el primero es más exclusivo que el segundo, pero

no hay ninguna base racional para tratarlos así. No obstante, en ambos formatos se puede ofrecer comida, y siempre para disfrutarla mientras se ve la película. Sería similar a sugerir que una librería que vende buen café también puede vender café de menor calidad si sirve a sus clientes en tazas desechables. Esto se sustentaría erróneamente en que unas mesas y tazas atractivas pueden transmitir una sensación de refinamiento y supuesto lujo excesivo al café.

Resulta llamativo que los consumidores sigan optando por ir al cine para disfrutar de películas y adquirir alimentos en las confiterías de esos mismos establecimientos. Esto indica una vez más que el hábito y las decisiones de los consumidores pueden ser más influyentes que los mandatos de una entidad estatal y, por lo tanto, no debe pasarse por alto al resolver las disputas que surjan en el mercado.

Por lo tanto, considero que la prohibición impuesta por Cineplex se hallaba fundamentada y por ende no sería perniciosa a los derechos de los consumidores, sino que estaría dentro de la esfera de la libertad de empresa.

Además, estimo que la prohibición impuesta por Cineplex no genera un perjuicio en el consumidor; ya que, este cuenta con la información de estas prohibiciones antes de decidir adquirir el servicio; por tanto, no podría afirmarse que dicha prohibición es en sí una cláusula abusiva.

Para mayor claridad, Cineplex no demanda que, para entrar a las salas de cine se compre obligatoriamente alimento o bebida expendida por su establecimiento (lo que constituyera una venta atada), por lo que el consumidor puede comprar su entrada para ver la película sin un requerimiento adicional.

Por tanto, considero que la denuncia en este aspecto debería ser declarada infundada, ya que la restricción en cuestión no se establece como una cláusula abusiva, sino que está respaldada por el ejercicio legítimo de la libertad empresarial, en específico a su auto-organización empresarial.

b. Derecho a la libre empresa

En el marco jurídico de nuestro país, el derecho a la libre empresa se basa en la idea de la autonomía económica y la libertad individual para participar en la actividad empresarial. Al ejercer este derecho, las personas tienen la posibilidad de buscar oportunidades económicas, generar empleo, promover el desarrollo económico y contribuir al bienestar social.

Esto se encuentra amparado, principalmente por el artículo 58° de la Constitución el cual manifiesta que cada individuo tiene el derecho de elegir libremente la actividad económica en la que desea participar, y paralelamente el Estado protege el derecho al trabajo y se compromete a garantizarlo.

Kresalja y Ochoa (2019) señalan que la libertad de empresa asegura la continuidad y estabilidad de las empresas privadas a lo largo de su ciclo de vida. Por otro lado, el artículo 60° de la Constitución requiere que el Estado promueva el pluralismo económico, lo que implica la convivencia de diferentes formas de propiedad y empresas. Desde esta óptica y complementando con la Sentencia del Expediente N° 0008-2013/AI-2013 del Tribunal Constitucional, se asegura la libertad de los empresarios, sin importar el tipo de empresa que elijan para llevar a cabo sus actividades comerciales, siempre y cuando no atente contra los intereses de la sociedad, los cuales están respaldados por la Constitución y demás normas pertinentes.

En la Unión Europea, el derecho a la libertad de empresa está tutelado por el artículo 16 de la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. En este se establece “que toda persona tiene el derecho a llevar a cabo una actividad económica en el marco de una economía de mercado, respetando las disposiciones legales y reglamentarias aplicables”.

En Alemania, la libertad de empresa está protegida por la “Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)”. En su artículo 12°, garantiza el derecho a ejercer una profesión libremente, así como el derecho a fundar y operar empresas, sin embargo, este derecho puede ser limitado por razones de interés público, como la protección del medio ambiente o la seguridad pública.

El Tribunal Constitucional a través de las sentencias N° 03116-2009-PA/TC, N° 00032-2010-PI/TC y N° 01405-2010-PA/TC, ha delineado claramente las implicancias del derecho a la libertad de empresa. Al interpretar el artículo 59° de la Constitución, se asegura a todas las personas la capacidad de tomar decisiones no solo para iniciar empresas (derecho a establecer una empresa), lo que implica la posibilidad de participar en el mercado (derecho a entrar en el mercado), sino también para determinar los objetivos corporativos de la empresa (derecho a organizar la empresa) y guiar y planificar sus actividades (derecho a dirigir la empresa), teniendo en cuenta sus recursos y el panorama del mercado. Además, se reconoce la libertad para retirarse o dejar el mercado según sea necesario.

Por lo tanto, podemos concluir que el derecho a la libertad de empresa puede ser llevado a cabo con autonomía y sin más restricciones que aquellas que atenten contra la seguridad, y todos aquellos motivos que sean reconocidos por la Constitución, quedando el Estado y los particulares impedidos de quebrantar dicho derecho otorgado a los ciudadanos.

4.4 ¿Constituye una infracción el vender productos con precios excesivos?

El artículo 58° de la Constitución instituye que “la iniciativa privada es libre y se ejerce en una Economía Social de Mercado”, la cual es el régimen económico vigente en el Perú.

Asimismo, el Decreto Legislativo N° 757 establece que “la libre iniciativa privada es la libertad que poseen los agentes económicos de dedicarse a la actividad económica de su preferencia”.

En el Perú, no existe una regulación de precios, sino que los precios se definen en base a la oferta, la demanda y la competencia existente en el mercado.

En ese sentido, un agente económico puede colocar a sus productos o servicios el precio que desee y será decisión del consumidor si lo adquiere o si busca algún otro proveedor que brinde el mismo producto o servicio a un mejor precio.

Lo anterior se sustenta en lo expuesto en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 757, el cual indica lo siguiente:

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

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

En ese sentido, la denuncia debía declararse infundada en el presente extremo, debido a que Cineplex podía ofertar sus productos al precio que quisiera. Distinto sería si estuviésemos en el supuesto de una concertación de precios entre diversos cines, lo cual sería sancionado por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia al ser una conducta anticompetitiva.

4.5 ¿Constituye una infracción no vender alimentos saludables en el cine?

Al respecto, considero que no constituye una infracción administrativa no vender productos saludables. No existe alguna norma que obligue a los cines a vender productos denominados “saludables”.

Asimismo, los cines pueden vender los productos que deseen de conformidad a su libertad de empresa. Es decir, un proveedor va a comercializar productos que sean demandados por los consumidores. De esta manera, mostrando una analogía política, cada compra realizada por un consumidor equivale a un voto de respaldo; se podría argumentar que las empresas como Cineplex, han logrado consolidarse en el mercado porque están "respaldadas" por varios -e incluso de cierta manera, todos los- consumidores para brindar sus servicios. Por lo tanto, si algún proveedor pierde la habilidad de comprender y satisfacer las demandas de los consumidores de manera oportuna, aunque sean grande, perderá ese respaldo y eventualmente será desplazado por otro proveedor que sí pueda hacerlo.

En ese sentido, no podría exigirse a los cines que vendan productos saludables, siendo que a lo mejor estos podrían no ser de gran demanda por parte de los usuarios de cine.

En atención a lo expuesto, la denuncia debía ser declarada infundada en este extremo, tal como resolvió la Comisión y la Sala no siendo materia de controversia por parte de dichos órganos resolutivos.

4.6 ¿La sanción a imponer fue correcta?

Las multas que pueden imponerse en un procedimiento en materia de Protección al Consumidor son multas y amonestaciones, lo cual dependerá de la magnitud de la infracción.

El artículo 110 de la Ley N° 29571 establece que en caso la infracción fuera leve, la sanción será “una amonestación o una multa con un tope máximo de 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)”. Asimismo, se establece que en caso de que la infracción fuera grave, la sanción a imponer será una multa de hasta 150 UIT; mientras que si la infracción fuera muy grave, la sanción ascenderá a un máximo de 450 UIT.

Igualmente, la normativa ha establecido límites máximos a las multas en caso de que proveedor sancionado tenga la calidad de microempresa o pequeña empresa.

En caso el proveedor califique como microempresario o pequeña empresa, “la sanción no podría exceder del 10% y 20%, respectivamente, correspondiente a todas sus actividades económicas del ejercicio inmediato anterior al del año de la emisión de la resolución de primera instancia”. Dichos límites no operarán en caso de que dicho proveedor no haya justificado sus ingresos, se encuentre en una situación de reincidencia o la infracción pueda haber afectado a la vida, salud e integridad del consumidor.

En el presente contexto, mi opinión es que todos los extremos imputados a Cineplex debían ser declarados infundados, por lo que no debía imponerse ningún tipo de sanción. Es decir, ni multa ni amonestación.

4.7 ¿La medida correctiva ordenada fue idónea?

Las medidas correctivas, de acuerdo con el Código de Protección y Defensa del Consumidor son órdenes emitidas por la Autoridad Administrativa cuyo objetivo variará según se trate de una medida correctiva reparadora o complementaria (Ley N° 29571, 2010).

El objetivo de las medidas correctivas reparadoras es compensar el perjuicio financiero inmediato y directo que una infracción administrativa causa a un cliente devolviéndolo a su estado anterior a la infracción. Las medidas correctivas reparadoras se hallan en el artículo 115° de la Ley N° 29571 y pueden consistir en lo siguiente:

- i. Reparar un producto.
- ii. Volver a ejecutar el servicio contratado.
- iii. Cambiar el producto por uno nuevo.
- iv. Devolución del dinero que se pagó por un servicio o producto no idóneo.
- v. Ordenar al proveedor que asuma los gastos en los cuales incidió el consumidor para aminorar los efectos de la infracción administrativa.

Las medidas correctivas complementarias, de acuerdo con el mismo Código señalado, buscan contrarrestar los impactos que la conducta infractora haya causado en el mercado y prevenir que se repita en el futuro (Ley N° 29571, 2010).

Las medidas correctivas complementarias están normativizadas en el artículo 116° de la Ley N° 29571 y pueden consistir, entre otras, en las siguientes conductas:

- i. No exigir cláusulas que hayan sido declaradas abusivas.
- ii. Atender los reclamos y requerimientos de información.
- iii. Disponer el cierre temporal del establecimiento
- iv. Decomiso y/o destrucción de los bienes materia de denuncia.
- v. Publicación de la resolución condenatoria.

Como he indicado, todos los extremos de la denuncia debían ser declarados infundados, por lo que, no existiendo infracción alguna, no debía dictarse ninguna medida correctiva (en específico complementaria, al ser la aplicable al caso) en mi opinión.

V. CONCLUSIONES

- A. En concordancia con nuestra Constitución, se logra concluir que, respecto a la tutela de los derechos de los consumidores, en particular sobre la libertad que tienen para elegir productos y servicios, este no abarca el derecho de los consumidores a violar el derecho de la empresa proveedora de bienes o servicios imponiéndole a esta, en este caso, la obligación de admitir el acceso de comestibles obtenidos fuera de sus locales de Cineplex S.A.
- B. Por otra parte, debo indicar que es no es correcto considerar como una cláusula abusiva la limitación de la entrada a las salas cinematográficas con productos comestibles comprados fuera del local ya que en el contexto de contratos en masa (contratos de adhesión), los acuerdos se ven removidos; siendo que a través de sus decisiones de compra, los clientes impulsan el control del mercado, ya que tienen la capacidad de promover o eliminar vendedores del mercado, por lo tanto podemos decir que la exclusividad en la venta de productos comestibles dentro de los cines es una respuesta a una demanda encontrada por los empresarios, que tiene respaldo por la demanda de los consumidores, los mismos que están dispuestos a acatar una limitación de comprar los productos exclusivamente en el establecimiento a cambio de satisfacer sus necesidades de consumo.
- C. En ese sentido, la restricción establecida por Cineplex no viola el derecho de elección del consumidor, ya que esta es establecida por la compañía en el uso legítimo de su derecho a la libertad de empresa, apoyada por su respaldo de auto organización empresarial. A pesar de que en el acuerdo contractual de consumo entre el denunciado y los consumidores no medió negociación alguna, al tratarse de un contrato de adhesión es el consumidor el que decide si se adhiere o no. Por lo tanto, se satisface el elemento de la buena fe, puesto que el consumidor tenía conocimiento de manera honesta y diligente sobre las limitaciones “antes de” hacer uso de su derecho a elegir. En conclusión, esto no invalida su derecho de elección, debido a que existen otros cines a los que pudiera asistir, así como diferentes opciones para llevar a cabo su decisión de consumo.

- D. Considero que la interpretación normativa realizada por la Sala de Protección al Consumidor y la evaluación realizada no son correctas, ya que la limitación impuesta por los cines no vulnera el derecho a elegir libremente de los consumidores. En el presente caso, debería darse prioridad al derecho del proveedor a ejecutar libremente su negocio, teniendo en cuenta los fundamentos que permiten ejercer este derecho, como los conceptos jurídicos como el de economía social de mercado.
- E. Asimismo, como ya se ha comentado anteriormente del desglose y análisis de los fundamentos otorgados por la Sala del Indecopi, quien resolvió en segunda instancia señalar que estábamos frente a una cláusula abusiva, podemos colegir que ésta no realizó el test de ponderación de derechos, o no la realizó de manera adecuada ya que existe una clara violación a los derechos de ejercer libremente su negocio.
- F. Podemos colegir que, no es correcto afirmar que la libertad de empresa de Cineplex S.A. no se ve afectada al modificar las medidas aplicables con respecto al ingreso de productos alimenticios comprados fuera de su establecimiento, y es que el principio de Primacía de la Realidad impide ignorar que la venta de productos comestibles y bebidas es un aspecto fundamental del negocio del denunciado. Además, es erróneo sostener que la Sala no ejerce influencia, aunque sea indirectamente, en los precios de los productos ofrecidos por el denunciado, ya que compara sus precios con los de la competencia externa para evaluar el grado de abusividad de la cláusula en cuestión, a pesar de que, en sujeción a lo dispuesto en nuestro marco jurídico actual, el Estado no se encuentra facultado para intervenir en la fijación de precios del mercado.
- G. Conforme a lo establecido en la Constitución, el Estado debería intervenir en el mercado solo cuando sea necesario por razones de interés público y de acuerdo con lo autorizado por la ley. Evitando así regular de manera excesiva, ya que una regulación excesiva no solo será perjudicial al mercado y a los proveedores, sino también a los consumidores. Esto se debe a que los vendedores, en su búsqueda de ganancias mayores, desplazan los costos a los consumidores que elijan emplear sus servicios, por lo tanto, la mejor opción sería que el Estado se autorregule y fomente la competencia.

- H. Como corolario, pareciera paradójico que el INDECOPI reconozca que infringió significativamente el derecho de elección de los consumidores, pero decida aplicar únicamente una amonestación en lugar de una sanción económica, lo que parece contradecir los principios de razonabilidad y previsibilidad establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- I. Las partes reconocen que existen contratos de adhesión verbales entre el denunciante y el denunciado, que contienen cláusulas generales, como la prohibición de ingresar con productos alimenticios externos. Y, por lo tanto, para poder determinar si una cláusula es abusiva, se requiere que sea incluido dentro de un contrato el cual no haya sido negociado previamente y que coloque al usuario en una situación de disparidad o anule sus derechos.
- J. A pesar de las explicaciones técnicas brindadas por el denunciado, en las cuales hace de conocimiento las consecuencias de adoptar esta medida de permitir a los consumidores acceder con sus propios productos alimenticios, la Sala procede a realizar una explicación insuficiente y superficial sobre la situación de inferioridad del consumidor, únicamente señalando que esta cláusula "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". Es aquí donde podemos identificar el error ya que la Sala parte de la premisa de que el consumidor está obligado a comprar los productos de las confiterías de Cineplex S.A. para acceder al servicio de proyección de películas, Sin embargo, no se ha demostrado el supuesto condicionamiento del servicio de cine a la compra de alimentos, conocido como "venta atada", lo cual vulnera el principio de verdad material que rige en el procedimiento administrativo.
- K. Según este principio, la Administración no debe limitarse a evaluar únicamente las pruebas presentadas por los administrados, sino que debe recabar evidencia adicional para clarificar los eventos en la búsqueda de la verdad objetiva. Por ende, en la fase de resolución, la autoridad administrativa debe apoyarse en los hechos sin depender únicamente de lo afirmado por las partes implicadas.

- L. Es decir que, si los proveedores no satisfacen las necesidades de los consumidores, corren el riesgo de ser excluidos del mercado, ya que cada compra representa un voto de legitimidad para ellos. En este sentido, las empresas están llamadas a estudiar y comprender las necesidades de los consumidores para poder incluirlas en su oferta y es que, a través de la interacción constante con los consumidores, las empresas pueden obtener datos y retroalimentación que les permite generar innovación y mejorar su posición en el mercado. Utilizando esta información, las empresas desarrollan una estructura de negocios que beneficia tanto a ellos mismos como a los consumidores, ya que la legitimidad dentro del del mercado proviene de la satisfacción de estos últimos.
- M. En el caso actual bajo revisión, los usuarios expresan su deseo de disfrutar de películas en compañía de productos alimenticios y bebidas, una necesidad que Cineplex S.A. alivia a través del expendio de productos en sus locales comerciales. Para lograr esto, el proveedor asegura la exclusividad de la venta de productos y, por ende, no permite la entrada de alimentos y bebidas externos. Sin embargo, los consumidores no están obligados a consumir alimentos y bebidas durante el uso del servicio proporcionado por el proveedor. En cambio, tienen la libertad de aceptar o rechazar lo ofertado por del proveedor.
- N. Basándonos en lo mencionado anteriormente, podríamos concluir que los consumidores ejercen su derecho de elección previo a la aceptación de la oferta del servicio de proyección de películas, al cual se suma la restricción. Posteriormente, mediante su consumo, los consumidores otorgan un voto de legitimidad, decidiendo recompensar o castigar al proveedor según su oferta.
- O. Es evidente que, como lo señala la Sala, el derecho a la libre elección implica que los consumidores son los más adecuados para determinar qué productos o servicios satisfacen sus preferencias y necesidades. Por consiguiente, los consumidores juegan un papel crucial en el mercado al premiar o castigar a los vendedores mediante sus decisiones. Por lo tanto, no sería preciso afirmar que los consumidores están forzados

comprar productos de las instalaciones comerciales para poder ingresar al servicio de cine.

- P. Por otra parte, tampoco sería válido afirmar que los consumidores se sitúan en una posición desfavorable al contratar los servicios dentro de los locales comerciales de Cineplex, dado que la restricción de ingresar con productos adquiridos fuera se presenta como parte de lo ofertado por parte de Cineplex S.A., tal como se evidencia en los anuncios en sus locales, aspecto reconocido por la Sala. Por consiguiente, son los consumidores quienes aceptan esta restricción al consumir, lo cual es un aspecto que la Sala debería haber tenido en cuenta al resolver, especialmente al reconocer que son ellos los que mejor conocen sus propios intereses y necesidades, y tienen el poder de premiar o castigar a los proveedores con sus elecciones.
- Q. En consecuencia, es factible señalar que los consumidores y proveedores pueden haber acordado que los primeros toleren la restricción a cambio, tal vez, de un mejor precio, variedad en los productos o mayor calidad de películas. Siguiendo la línea de lo expuesto, no se puede concluir que los proveedores actúen en contra de la demanda de los consumidores.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Apoyo y Asociados (2019). *Cineplex S.A. (CINEPLANET) Informe Anual*.
https://www.aai.com.pe/wp-content/uploads/2019/05/Cineplanet_Dic-18.pdf
- Bullard, A. (2018). *Libertad bamba*. págs. <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/cineplex-indecopi-cine-consumidores-servicio-libertad-bamba-alfredo-bullard-noticia-501610-noticia/?ref=ecr>.
- Burga. (2012). *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Gaceta Constitucional, 254.
- CARRASCO, H. (2014). *EL CONTENIDO Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y SU ARTICULACIÓN CON EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. (2008). *Hacia una Reformulación del Principio de Proporcionalidad*. Gaceta Jurídica, 37.
- Castro, P. P. (2012). *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC PERUANO*. Revista Peruana de Derecho Público.
- Celis, M. O. (2011). *Fundamentos Constitucionales de la Economía Social de Mercado en la Economía Peruana*. Ius Revista de Investigación Jurídica, 151.
- Cerna, M. A. (2010). *Avances y orientaciones del nuevo código*. Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual, 8.
- Clavería Gosálbez, L. (2008). *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Barcelona.
- Córdova, C. (2006). *Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información*. Actualidad Jurídica, 13.
- Córdova, L. C. (2008). *Principio de proporcionalidad y Habeas Corpus*. Anuario de Derecho, 27.
- DE DOMINGO PÉREZ, T. (2008). *Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad*. Gaceta Constitucional, 17.

- DE LA MAZA Gazmuri, Í. (2010). *El suministro de información como técnica de protección de los consumidores. Los deberes precontractuales de información*. Revista de Derecho Universidad Católica, 19.
- De La Puente, F. (2007). *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores.
- DIEZ-PICAZO, L. (1983). "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial". Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Escobar, F. (2010). *Derecho&Sociedad*. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13334/13961>
- FERNANDEZ, F. (s.f.). Nueva ley del consumidor: innovaciones y limitaciones". *REvist. HABERMAS, J. (1994). Faktizität und Geltung*. Francfort: Fráncfort del Meno.
- Hartwig, M. (2010). *La "Proporcionalidad" en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania*. 781.
- HENAO, C. (2003). *La limitación de los Derechos Fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita., 69.
- HERRERA- TAPIA, B. Y.-E. (2015). *EL MERCADO Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN. REVISTA JURÍDICAS*, 26.
- INDACOCHEA PREVOST, Ú. (2008). *Fundamento, estatus jurídico caracteres y exigencias del principio de proporcionalidad*. Gaceta Constitucional, 53.
- LLOBET Aguado, J. (1996). *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Manrique, W. Y. (2012). *PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD SISTÉMICO*. IUSTITIA, 135.
- Marcial, R. C. (2018). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ochoa, B. K. (2019). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Pagador, J. (2011). *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*. Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas», en *La defensa de los consumidores y usuarios*.

- Paz, N. (2019). *Stake Holders*. Obtenido de <https://stakeholders.com.pe/estado/una-economia-mercado-todos-retrospectivas-avances-cara-al-bicentenario>
- PICAZO, D. (1996). *FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL*. MADRID: CIVITAS.
- Rodríguez. (2012). *Tutela del consumidor contra cláusulas abusivas*. Revista oficial del poder judicial, 8-9.
- Rodríguez, L. (2011). *Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas*. Circulo de derecho administrativo.
- Segovia Trocones, E., & Olano Rodríguez, K. (2020). *Cuando el derecho no es suficiente: El Análisis Económico del Derecho en el caso Aspec contra Cineplex y Cinemark*. Derecho & Sociedad, 2(54), 113-133.
- Stiglitz, R. (2018). *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*. Colombia.
- TELLEZ, J. A. (2022). *EL ABUSO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN*. REVISTA DE DERECHO, 79.
- STC Exp. N° 3315-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 2004).
- STC Exp. N° 03116-2009-PA/TC (Tribunal Constitucional 2009).
- STC Exp. N° 00032-2010-PI/TC (Tribunal Constitucional 2010).
- STC Exp. N° 01405-2010-PA/TC (Tribunal Constitucional 2010).
- STC Exp. N° 0008-2013/AI-2013 (Tribunal Constitucional 2013).