

Economic Analysis of Law Review

Derechos del consumidor y libertad de empresa: Las controvertidas resoluciones del Organismo peruano protector de los derechos de los consumidores respecto al caso Cinemark – Cineplex

Consumer Rights and Freedom of Enterprise: The Controversial Resolutions of the Peruvian Organization that protects consumer rights regarding Cinemark - Cineplex

Ariana Geosephin Salas Murillo¹
Universidad La Salle

Dennis José Almanza Torres²
Universidad La Salle

RESUMEN

El mercado de cines en el Perú está en constante crecimiento, uno de sus principales ingresos deriva de la exclusividad que tienen para vender bebidas y alimentos dentro de su local comercial; por ello, estas empresas prohibían el ingreso de estos productos a las referidas salas si eran adquiridos fuera del local comercial. En el año 2018, la Sala de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), consideró a esta prohibición como una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, bajo el argumento de vulnerar el derecho de elección del consumidor. Si bien la Sala de Protección al Consumidor explica su postura, nosotros consideramos que esta restricción que las empresas establecieron está justificada y se ampara en el derecho a la libertad de empresa previsto en el Art. 59° de la Constitución Política del Perú. En el presente trabajo, se determina que el pronunciamiento de la Sala, además de vulnerar el derecho a la libertad de empresa que ostentan Cinemark y Cineplex, generará más perjuicios que beneficios a los consumidores.

Palabras-clave: Libertad de Empresa – Derechos del consumidor - Derecho de Elección - Cláusula Abusiva - Análisis Económico del Derecho.

JEL: K0

ABSTRACT

The cinema market in Peru is constantly growing, one of their main income derives from the exclusivity they have to sell drinks and food within their commercial premises; Therefore, these companies prohibited the entry of these products to the aforementioned rooms, if they were acquired outside the commercial premises. In 2018, the Consumer's Protection Chamber of the Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), considered this prohibition as an abusive clause of absolute ineffectiveness, under the argument of violating the right consumer's choice. Although the Consumer Protection Chamber explains its position, we consider that this restriction that the companies established is justified and is protected by the right to freedom of business provided for in Article 59th of the Peruvian Political Constitution. In this study, it is determined that the Court's ruling, in addition to violating the right to freedom of business held by Cinemark and Cineplex, will generate more harm than benefits to consumers.

Keywords: Freedom of Enterprise – Consumer's rights - Right of Choice - Abusive Clause –Law and Economic.

R: 24/01/2021 **A:** 01/04/2021 **P:** 30/04/2021

¹ E-mail: asalasmu@ulasalle.edu.pe

² E-mail: dalmanza@ulasalle.edu.pe

1. Introducción

Ir al cine es una actividad común y cotidiana en el mundo entero, por ello a lo largo de los años esta práctica comercial ha constituido una forma de ocupar el tiempo libre. Asistir a este tipo de establecimientos de entretenimiento es factible gracias a la iniciativa empresarial de los proveedores o empresarios, ellos captan una necesidad de ocio de los consumidores y deciden satisfacerla a través de una oferta comercial que se manifiesta en el mercado, es en virtud de esta “oferta” que los consumidores pueden escoger el cine de su preferencia.

En el Perú, los consumidores al momento de acudir al cine, tenían conocimiento de que estaba prohibido ingresar a la sala con productos alimenticios que hubieran sido adquiridos fuera del establecimiento comercial, por lo que en caso de querer consumir algún alimento o bebida podían hacerlo en la dulcería del cine. Esta práctica comercial formaba parte de la costumbre del mercado de cines peruano, a tal punto que los clientes estaban habituados a visualizar un gran cartel en el ingreso de las salas de cine, que indicaba la prohibición de ingresar alimentos y bebidas adquiridos fuera del establecimiento comercial.

Esta restricción de ingreso de productos alimenticios no era cuestionada por los consumidores peruanos, hasta que en el año 2017 la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios- ASPEC interpuso una denuncia administrativa en contra de Cinemark y Cineplex – también conocido como Cineplanet-, bajo el argumento de que las cadenas de cine mencionadas limitaban el derecho de elección de los consumidores, puesto que se condicionaba la ingesta de alimentos o bebidas en la sala de cine, a la compra-venta de los productos alimenticios ofrecidos en la dulcería del local, los mismos que tenían un precio elevado en comparación a los productos que se ofrecían fuera de las salas de cine.

Así pues, se iniciaron dos procedimientos administrativos sancionadores en contra de Cinemark y Cineplex respectivamente. Las partes denunciadas ejercitaron su derecho de defensa argumentando que el modelo de negocio que aplicaban se amparaba en su derecho a la libertad de empresa e iniciativa privada libre, derechos que les permitían organizar y configurar su actividad empresarial, así como establecer las condiciones de la prestación del servicio que ofrecían; dentro de estas condiciones se incluía la restricción de ingresar a la sala del cine con alimentos o bebidas adquiridos fuera del establecimiento comercial.

En virtud de los procedimientos iniciados, se pronunció la Sala de Protección al Consumidor (en adelante SPC) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual³ (en adelante Indecopi) emitiendo las resoluciones finales de segunda instancia N° 0219-2018/SPC-INDECOPI y N° 0243-2018/SPC-INDECOPI. En las referidas resoluciones la SPC estableció que Cinemark y Cineplex habían incurrido en una

³ Como señala el Art. 2 del Decreto Ley 25868 - Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI: “El INDECOPI es el organismo encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger:

a) el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores;

b) los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, conforme lo estipula el Art. 30 del presente Decreto Ley;

c) la calidad de los productos, y

d) otros que se le asignen”

cláusula abusiva de ineficacia absoluta, al haberse violado el derecho de elección de los consumidores, por lo que se les ordenaba que se abstengan de aplicar la restricción impuesta a los clientes.

Al respecto, conviene recordar que conforme a la Constitución Política, en el Perú “La iniciativa privada es libre”⁴ es decir, se permite que cualquier ciudadano o persona jurídica pueda tener iniciativa empresarial para emprender proyectos o actividades empresariales en diversos sectores con el fin de perseguir lucro o prosperidad que estimule o haga crecer la economía personal y la economía del país; así lo destaca el Art. 59 de la Constitución al afirmar que: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. (...)”.

Así pues, el modelo económico que ha adoptado el Perú se encuentra orientado a “la ley de la oferta y la demanda” por la cual los privados ostentan la libertad de fijar precios de los productos o servicios que se ofrecen en el mercado, así como ostentan el derecho a la propiedad privada, la libertad de contratación, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa; es importante recalcar, que el Estado no interviene directamente en el mercado, es más bien un vigilante de que no se menoscaben los derechos de los intervinientes en la actividad comercial.

Conforme a lo señalado corresponde cuestionarnos si: ¿El pronunciamiento de la Sala de Protección al Consumidor que califica como “cláusula abusiva” a la prohibición de ingresar a las salas de cine con productos adquiridos fuera del establecimiento comercial, vulnera el derecho de libertad de empresa –previsto en el Art. 59º de la Constitución Política del Perú– que ostentan los Cines?

En el presente trabajo, a través de una investigación documental, se pretende demostrar que se ha vulnerado el derecho a la iniciativa privada libre que ostentan todas las personas jurídicas en el Perú, este derecho permite que los proveedores configuren un modelo de negocio de acuerdo a sus propios criterios, pudiendo incluso contener restricciones como el ingreso de alimentos o bebidas ajenas al negocio

Concretamente, el pronunciamiento de la SPC que califica como “cláusula abusiva” a la prohibición de ingresar a las salas de cine con productos adquiridos fuera del establecimiento comercial, vulneraría el derecho de libertad de empresa que ostentan los cines; ello quedaría demostrado porque, en principio, la restricción que imponen las cadenas de cine a los consumidores respecto al ingreso de alimentos a las salas, no constituiría una “cláusula abusiva de ineficacia absoluta” puesto que no se habría vulnerado el derecho de elección de los consumidores, como estableció la Sala de Protección al Consumidor.

Finalmente, un asunto muy importante en las relaciones de consumo que, aparentemente no tomó en consideración el Organismo Técnico especializado, protector de los derechos de los consumidores (Indecopi), está referido a las repercusiones de sus medidas en la sociedad, es decir, sus efectos o externalidades; ello es sumamente importante considerando el grado de afectación que pueden generar sus decisiones en los consumidores.

⁴ El Art. 58 de la Carta Magna peruana señala: “- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

2. El Contrato de Consumo en el Ordenamiento Jurídico Peruano

Las relaciones de naturaleza jurídica que tienen lugar entre los proveedores –como Cinemark y Cineplex– y los consumidores, constituyen una relación de consumo. En ese sentido, el vigente Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano⁵, en su Art. 05, define la relación de consumo como: “la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica (...)”.

El Código peruano también especifica el contenido de un contrato de consumo, cuando en su Art. 45 señala: “El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica (...)”.

El contrato de Consumo, figura central del presente trabajo, es materia de interesantes elocuciones, así, para Rinesi (como se citó en Villalba, 2011) el contrato de consumo es:

El celebrado entre un consumidor final – persona física o jurídica- con una persona física o jurídica, pública o privada, que, actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercializa bienes o presta servicios, y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de estos por parte del primero, para su uso privado, personal o familiar. (Villalba, 2011, p. 174)

Por otro lado, para Lorenzetti (2018) el contrato de consumo:

Se trataría de una modalidad de celebración de contratos en la que se tiene en cuenta la finalidad de las partes, por lo cual la definición de contrato de consumo en la doctrina está estrechamente relacionada con la noción de relación de consumo. En los extremos de que el vínculo obligacional que nace en los contratos de consumo necesariamente se encontrarán un productor y un consumidor. (Lorenzetti, 2018, p. 97)

Este cambio de paradigma respecto a la necesidad de otorgar una regulación autónoma a este tipo de relaciones no es exclusivo del Perú, siendo que las relaciones de consumo y la figura del consumidor son objeto de atención y regulación en diferentes ordenamientos jurídicos de Latinoamérica.

Al respecto, la Ley 1480 por la cual se expide el Estatuto del Consumidor en Colombia establece que:

Consumidor es toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario. (Ley colombiana 1480, 2011, p. 04)

En sentido similar, la ley 19496, que establece normas sobre la protección de los derechos de los consumidores en Chile, estipula que:

Consumidores o usuarios son las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los

⁵ Aprobado mediante Ley N° 29571, vigente desde el 02 de octubre de 2010.

que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores. (Ley chilena 19496, 1997, p. 01)

En el mismo sentido, el Código de Defensa y Protección del Consumidor Brasileiro (1990) establece que: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final. Se equipara a consumidor la colectividad de personas, aunque indeterminables, haya intervenido en las relaciones de consumo”⁶ (p. 01).

Finalmente la ley de defensa del consumidor argentina establece que:

Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. (Ley argentina de Defensa del Consumidor 24.240, 1993, p.01)

Como es de verse, legisladores de diversos países, con estas normas de obligatorio cumplimiento, “responden a la exigencia de extender una protección de los intereses colectivos de quienes necesitan acceder a los bienes o servicios que los empresarios ofrecen en el mercado, para evitar que estos últimos (empresarios) atropellen o maltraten los derechos de los consumidores”. (Álvarez Estrada y Herrera Tapias, 2016, p. 167)

Así pues, tenemos que este tipo de contrato nace exclusivamente de una relación de consumo que existe entre el consumidor y el proveedor, la misma que se manifiesta por la concurrencia de tres componentes que están estrechamente vinculados y que deben configurarse de manera integral para que pueda establecerse una relación de esta índole. Dichos componentes son: a) un consumidor, usuario o destinatario final, b) un proveedor y c) un producto o servicio materia de una transacción comercial (Durand, 2007).

Por otro lado, para efectos del presente trabajo, también es necesario tener en consideración la clasificación de los contratos por su forma, pudiendo ser estos consensuales, formales y reales (Torres, 2012).

Los contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan por el simple acuerdo de las partes, sin que medie algún otro requisito especial; este tipo de contrato puede ser verbal o escrito. Cuando un contrato consensual ostenta forma verbal, solo basta expresar el consentimiento en forma oral para que se produzcan los efectos de naturaleza jurídica y económica; en contrapartida, cuando un contrato consensual ostenta forma escrita, las cláusulas contractuales deben constar por escrito para que surtan efectos jurídicos (Torres, 2012).

Merece la pena subrayar que los contratos de consumo celebrados entre los consumidores que acuden al Cine y los proveedores como Cinemark y Cineplex, tienen forma consensual verbal o verbis. Pues el consumidor se limita a expresar su consentimiento y voluntad de ingresar a la sala de cine siendo que después de pagar, se le entregan automáticamente los tickets de entrada para poder visualizar la película de su preferencia.

⁶ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Retornando a la necesidad de identificar a los sujetos que participan en esta relación, el Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano en el Art. cuarto de su Título Preliminar establece:

Para efectos del presente Código, se entiende por Consumidor a las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. (Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano, 2010, p. 04)

Es decir, son consumidores todas aquellas personas o instituciones que compran o adquieren productos o contratan algún tipo de servicio como destinatarios finales, para dedicarlos a su uso personal o familiar; por ello se les denomina “consumidores finales” (Indecopi, 2000).

Ese entender es mantenido por Ovalle (2008), para quien el consumidor final es la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta bienes, productos o servicios como destinatario final. Lo afirmado significa que la ley considera que el sujeto de protección principal es la persona que compra bienes o contrata la prestación de servicios para uso personal o de su familia.

En consecuencia, como lo ha manifestado el Tribunal Constitucional peruano en el considerando 29 de la sentencia recaída en el expediente N° 008-2003-AI/TC, la condición de consumidor no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento (Tribunal Constitucional peruano, 2003).

Cabe destacar que la condición de consumidor es propia de la condición humana de la persona, porque el hombre, ontológicamente hablando, es sujeto de necesidades desde su nacimiento y como tal tiene el derecho de gozar de todas las prerrogativas y facultades que en materia de consumo el sistema jurídico ha creado para él. En efecto, todos los seres humanos somos consumidores ya sea de bienes o servicios, así pues, todas las actividades económicas que el hombre realiza en una u otra medida están destinadas a la satisfacción de necesidades. En este escenario, el comercio está destinado a satisfacer estas necesidades (Durand, 2012).

El Tribunal Constitucional Peruano, se ha pronunciado en una pluralidad de ocasiones acerca de la figura del consumidor y el rol que tiene dentro del mercado y de nuestra sociedad. Así, el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú, en el considerando 28 de la sentencia recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC ha establecido lo siguiente:

El consumidor – o usuario – es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado. Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor -independientemente de su carácter público o privado-; sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio. (Tribunal Constitucional peruano, 2003, p. 20)

Es importante acotar al análisis que hace el Tribunal Constitucional acerca de la figura del consumidor, el hecho que, en ocasiones, el consumidor no tiene pleno conocimiento del giro del negocio que le ofrece el bien o el servicio, por ello, haciendo uso de su libertad de contratar⁷, su accionar se centra en escoger de que proveedor adquirirá el bien o el servicio ofrecido.

Por otro lado, se tiene a la figura del proveedor, esta se encuentra prevista en el Art. cuarto del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano (2010) bajo los siguientes términos: “Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores” (p. 04).

Tenemos entonces que la ley ha delimitado los alcances del concepto de proveedor y ha establecido que éste puede ser una persona natural o jurídica que en forma habitual se dedica a la producción y comercialización de bienes y servicios; siendo que, la habitualidad no está relacionada a un número determinado de transacciones, sino al hecho de que pueda presumirse que alguien desarrolla una actividad comercial para continuar en ella a través del tiempo (Durand, 2012).

De acuerdo a lo señalado, tenemos que el proveedor puede ser una persona natural o jurídica que ofrece bienes o servicios en el mercado, siendo importante resaltar que este tiene conocimiento pleno del giro del negocio, como consecuencia de este conocimiento redacta el contrato tipo o la cláusula contractual por lo que, en virtud del principio de la buena fe objetiva, debe hacerlo de modo claro, sin tergiversar ni oscurecer el sentido usual de las palabras, a efecto de garantizar el derecho de acceso a la información del consumidor.

Asimismo, el proveedor debe informar de modo transparente y comprensible al consumidor sobre el contenido del contrato, pues es este último interviniente quien se entrega confiado a la conducta leal del proveedor. De no proporcionar la información idónea, clara y completa se produciría un desbalance informativo, que desequilibraría la posición de una de las partes contratantes que sería el consumidor, quien, por las circunstancias, no ostenta un fuerte poder de negociación, por ello su rol se restringe a elegir contratar o aceptar la cláusula predispuesta en su integridad (Arana, 2018).

En este orden de ideas, se ha establecido que son proveedores todas aquellas personas, naturales o jurídicas que se dedican a la fabricación y comercialización de sus bienes o prestan servicios en el mercado para responder a las expectativas y necesidades de los consumidores a cambio de una retribución económica (Damián, 2019). Así, el proveedor viene a ser la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios. Dentro de este concepto amplio de proveedor se incluye tanto al proveedor en sentido estricto, que es quien vende o concede el uso o disfrute de bienes, como al prestador de servicios, que es quien ofrece y presta sus servicios al consumidor (Ovalle, 2008).

El Tribunal Constitucional Peruano, se ha pronunciado en una pluralidad de ocasiones acerca de la figura del proveedor y el rol que tiene dentro del mercado y de nuestra sociedad. En

⁷ El tratadista De la Puente y La Valle (2017) señala que: (...) la libertad de contratar, llamada más propiamente libertad de conclusión es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se va a crear derechos y obligaciones. Por otro lado la libertad contractual, llamada también libertad de configuración interna, permite determinar el contenido del contrato. Debe destacarse que la segunda libertad presupone la existencia de la primera.

ese sentido, el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú, en el considerando octavo de la sentencia recaída en el expediente N° 3315-2004-AA/TC. ha establecido que “el proveedor sería aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso disfrute de productos y servicios” (p.05).

Respecto al objeto del contrato, el Art. 1402° del Código Civil peruano, señala que “el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones”. Por su parte el Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano (2010), en su Art. 45° señala que: “el contrato de consumo tiene por objeto una relación jurídica de carácter patrimonial, en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica” (p. 20).

En ese sentido, el contrato de consumo tiene por objeto la creación de una relación de consumo basada en la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte del consumidor que fueron previamente ofrecidos por el proveedor, para el uso privado, familiar o social del usuario. (Stiglitz, 1998). En el caso materia de análisis, el objeto del contrato de consumo abarca el uso de un servicio -que es la entrada del consumidor o cliente a la sala de cine- a cambio de una contraprestación económica. Cabe recordar que uno de los requisitos que debe cumplir el objeto del contrato de consumo es la “idoneidad” que deben tener tanto los bienes como los servicios prestados por el proveedor, estos necesariamente deben satisfacer las expectativas legítimas y la confianza que se ha formado en el consumidor, a partir de lo ofrecido por el proveedor. (Merino, 2008).

Con base en lo explicado podemos afirmar que el objeto del contrato de consumo abarca una relación de naturaleza jurídica entre consumidor y proveedor que se desenvuelve en el contexto del mercado, por lo que involucrará una prestación de un bien o un servicio y una contraprestación de naturaleza económica a cargo del consumidor, a cambio del servicio ofrecido por el proveedor. Siendo importante resaltar que una contraprestación económica u onerosa, siempre partirá de una decisión de consumo tomada por el usuario.

3. El Contrato de Consumo, los Contratos de Adhesión Y los Costos de Transacción

Una de las figuras que tiene bastante uso en las relaciones de consumo es el contrato de adhesión. En este tipo de contratos es el proveedor quién redacta unilateralmente las cláusulas del contrato y explica al consumidor las condiciones establecidas para la entrega de un bien o la prestación de un servicio al cliente. En este proceso, el consumidor declara su voluntad aceptando o rechazando el contrato de consumo en su integridad –es decir con todas sus estipulaciones sean verbales o escritas— a efecto de hacerse de un bien o de un servicio que será otorgado por el proveedor.

Esta modalidad contractual propia de las relaciones de consumo en masa, es definida por Echeverri (2011) como:

Aquellos contratos en los que la configuración interna de los mismos (reglas de la autonomía) son dispuestas anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de manera que la otra (adherente, consumidor, no profesional), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido o no a contratar. (Echeverri, 2010, p. 139)

Un contrato de adhesión está compuesto por cláusulas generales en calidad de estipulaciones contractuales presentadas en bloque, por lo que este tipo de contrato se caracterizará por que el proveedor exclusivamente estipulará o consignará las cláusulas generales de contratación como una oferta para ser aceptada o rechazada en su totalidad. (Torres, 2012).

Su regulación se encuentra prevista en el Código Civil peruano; así, el Art. 1390 establece que: “el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

Las cláusulas generales de contratación se encuentran establecidas en el Art. 1392 del referido cuerpo legal, siendo “aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”

La creciente utilidad de este tipo de cláusulas es una manifestación de la dinámica de la actividad comercial en nuestros tiempos, puesto que toda actividad comercial envuelve costos de transacción que, al menos en teoría y para incrementar la actividad comercial deberían reducirse.

Los costos de transacción son los costos del intercambio (Cooter y Ulen, 1998), es decir – como señala Sztajn (2004), son: “aquellos costos en los que se incurre, que de alguna forma, tornan onerosa la operación, incluso cuando no representan gastos financieros realizados por los agentes, sino, son el resultado de medidas tomadas al realizar una transacción” (p.9).⁸

Dentro de estos costos están incluidos, el esfuerzo en la búsqueda de bienes en el mercado, el análisis comparativo entre el precio y la calidad del bien que se desea, la seguridad para el cumplimiento de la obligación por la otra parte -, lo que incluye la elaboración del contrato - el tiempo ocupado, etc. También puede considerarse costo de transacción a cualquier acción posterior a la operación que una de las partes deba de realizar para la completa satisfacción de su crédito, en esta categoría se incluyen las medidas judiciales.

Cooter y Ulen (1998) destacan tres formas de costos de transacción, los cuales guardan relación con los momentos cuando el intercambio es realizado, estos son: (i) Costos de búsqueda, que se origina de la búsqueda de un socio para realizar la transacción, (ii) Costos del arreglo, derivados de la negociación y la redacción del convenio, y (iii) Costos de ejecución, referidos al monitoreo del cumplimiento de las partes y la sanción a las violaciones del acuerdo.

Estos autores explican que son diversos los factores que afectan los costos de transacción, pudiendo ser estos costos menores y mayores, en el primer grupo se incluyen los bienes o servicios estandarizados, derechos claros y simples, pocas partes, partes amistosas, partes que se conocen, comportamiento razonable, intercambio instantáneo, sin contingencias, bajos costos de monitoreo y castigos baratos. Por otro lado, dentro de los mayores están los bienes o servicios peculiares, derechos inciertos y/o complejos, muchas partes, partes hostiles, partes que no se conocen, comportamiento poco razonable, intercambio demorado, numerosas contingencias, altos costos de monitoreo y castigos costosos.

⁸ “Aqueles custos em que se incorre que, de alguma forma, oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação”. (traducción libre)

En el caso materia de análisis, los contratos de adhesión buscan reducir los costos de transacción, puesto que la limitación a la negociación respecto a los términos contractuales del contrato entre proveedor y consumidor implicaría un despliegue innecesario de tiempo y recursos, considerándose que se trata de los mismos bienes o servicios a ofrecerse en el mercado para todos los consumidores por igual (Bullard, 2006). Si esta “no negociación” no tuviera lugar, los precios del producto o servicio se incrementarían como resultado del esfuerzo desplegado por el proveedor.

4. El Problema de Cláusulas Abusivas en los Contratos de Consumo

Las cláusulas abusivas son aquellas estipulaciones particulares que rompen el justo equilibrio de las relaciones que nacen entre los privados o particulares. El efecto de este tipo de estipulaciones, en principio, es la ineficacia de pleno derecho, de ahí que sean tanto el abuso de derecho como la buena fe los referentes que la doctrina ha acogido en explicación a este tipo anómalo de cláusulas. (Arango, 2016)

El abuso de derecho es entendido como:

Un acto que en principio es lícito, es decir, que formalmente constituye el ejercicio de un derecho subjetivo dentro del sistema jurídico de que se trate. Sin embargo, este acto lícito contraria el espíritu de los principios del Derecho en el transcurso de su ejecución, y, por tanto, se configura una laguna del Derecho que debe ser resuelta por el juez, ante la carencia de una disposición restrictiva o prohibitiva específica que impida el acto tal como se realiza. (Rubio, 2008, p. 30)

Esta situación que da origen a una cláusula abusiva, no se manifiesta desde el momento en que las partes han elegido con quien contratar, sino posteriormente cuando en base a la voluntad de las partes contratantes existe una extralimitación de la voluntad de la parte “predominante o fuerte” de la relación contractual, extralimitación que se manifiesta en estipulaciones dentro del contrato que perjudican a la parte débil de la relación.

Por otro lado, se tiene a la buena fe, al respecto, conviene resaltar la diferencia entre la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva, pues en ocasiones son usadas indistintamente. Así, para Noronha (1994), la buena fe subjetiva es un estado psicológico que hace que una persona crea que es titular de un derecho que verdaderamente no tiene, sin embargo, esta apariencia genera un estado de confianza subjetiva que permite alimentar expectativas que cree legítimas. La buena fe objetiva por su parte, es un deber de actuar de acuerdo con determinados patrones socialmente recomendados, estos son de corrección, honestidad y lealtad para no frustrar la confianza de la contraparte.

En ese sentido, cuando la parte “predominante” de la relación contractual estipula cláusulas abusivas dentro del contrato, actúa violando el principio de la buena fe objetiva, en tanto el contrato no solo supone una relación que se constituye con base en un encuentro de intereses y fines divergentes, donde a cada parte le corresponde procurar sus propios intereses; sino que además, expresa una relación de cooperación mutua o bilateral, que en cierta medida supone considerar los legítimos intereses de la parte contraria para los efectos de satisfacer la finalidad económica o el propósito práctico subyacente al acuerdo (Schopf, 2018).

Conforme a ello, se considerarán abusivas a todas las cláusulas o condiciones de los contratos predispuestos que atribuyan al predisponente: derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes. Igualmente, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, trayendo como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato. En tales supuestos, no existirá respeto alguno al principio general de la buena fe, entendido éste, como un principio rector en la negociación, celebración y ejecución del contrato, así como fuente de integración del contrato (Soto, 2003).

Así, queda determinado que son cláusulas abusivas, todas aquellas estipulaciones contractuales cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente, o las establecidas en su beneficio exclusivo causando perjuicio al adherente. Estas cláusulas comprometen el principio de la mayor reciprocidad de intereses y, generalmente, contienen la renuncia de facultades para el consumidor, sin fundamentos pronunciados que lo justifiquen. (Stiglitz 1998). Esta problemática ya se hizo presente desde el siglo pasado, así Bricks (1982), explicaba que son cláusulas abusivas, aquellas estipuladas en un contrato de adhesión celebrado entre un profesional y un consumidor, en el cual el profesional ha redactado el contrato unilateral y previamente, estableciendo cláusulas que impliquen un beneficio exclusivo y un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano (2010) en su Art. 49° hace referencia a este tipo de cláusulas, señalando que: “En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos” (p. 21).

Ampliando lo estipulado en el referido Código, el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado de Sistema de Seguros aprobado mediante Resolución SBS N° 4143-2019, establece en su Art. 19, que: “Las cláusulas abusivas o estipulaciones prohibidas son todas aquellas estipulaciones no negociadas por las partes que, contraviniendo las exigencias de la máxima buena fe, causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del asegurado. Dichas cláusulas son nulas de pleno derecho, por lo que se las tiene por no convenidas. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando ha sido redactada previamente y el contratante no ha influido en su contenido; recae en la empresa la prueba de la negociación previa de la cláusula.”

La redacción de estas definiciones, nos permite identificar ciertas características que a continuación explicamos:

a) Son redactadas unilateralmente por una entidad, empresa o profesional.

La redacción de las cláusulas se hace unilateralmente y en base a una concepción intelectual previa que tiene el proveedor, concepción que parte del conocimiento del bien a vender o del servicio a prestar como parte de la especialización en el giro del negocio o actividad empresarial (Soto, 2003).

La predisposición de las cláusulas abusivas tiene por objeto fijar unilateralmente una suerte de “regla de comportamiento” que regirá para todos los contratos que el proveedor pueda suscribir con una pluralidad de consumidores en el futuro. Esta predisposición responde a una

exigencia de racionalización de la actividad de la empresa, que vaya conforme a la velocidad de las relaciones comerciales y la certeza que puedan tener los pactos (De la Puente y Lavalle, 2017).

b) Vinculan el contrato de consumo a los intereses del empresario o proveedor en perjuicio del consumidor.

Las cláusulas abusivas, son aquellas que se desprenden del contrato de consumo que tiene naturaleza de “adhesión”, en este tipo de estipulaciones se manifiestan los intereses que puede tener el empresario o el proveedor en cuanto a la venta de un bien o la prestación de un servicio se refiere.

Si bien los contratos y su contenido son una manifestación de los intereses de ambas partes contratantes, tenemos que las cláusulas abusivas restringen el contenido contractual al solo beneficio o viabilidad de los objetivos e intereses del proveedor, menoscabando o limitando los derechos, objetivos e intereses del consumidor (Merino, 2008).

c) Se dirigen a una pluralidad de personas (consumidores o usuarios).

Los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas que emanan de ellos, son dirigidos a una pluralidad de personas que pueden ser consumidores o usuarios, este tipo de cláusulas se formulan sin que exista una relación con un contratante específico, por lo tanto, son dirigidas al “público en general” o a un conjunto de personas que pueden ser denominadas como “la masa humana” (Soto, 2003).

d) Se “pre-redactan” en abstracto con condiciones generales para ser incluidas en contratos futuros.

Las cláusulas abusivas se redactan con antelación a la propia celebración del contrato, siendo necesario acotar que estas estipulaciones contractuales son redactadas en “abstracto”, es decir que las cláusulas abusivas son concebidas independientemente de una relación jurídica en concreto con algún consumidor en particular. Por consiguiente, este tipo de cláusulas ostentan condiciones generales de contratación que serán aplicables de la misma forma a cualquier consumidor que adquiera un bien o un servicio determinado, no concibiéndose la posibilidad de un trato diferenciado entre consumidores o clientes; siendo así, no se toma en consideración la personalidad de las contrapartes de los futuros contratos ni la relación jurídica particular que van a crear los mismos (De la Puente y Lavalle, 2017).

e) No son negociadas, pues el consumidor o usuario, suele plegarse o adherirse a las cláusulas pre-redactadas por la empresa.-

En materia de contratos de adhesión, será imposible que el consumidor o contratante pueda negociar cuál será el contenido del contrato, siendo así, simplemente va a aceptar o rechazar las estipulaciones contractuales en su totalidad, es decir que el consumidor o parte “débil” de la relación contractual, solo se va limitar a plegarse o adherirse al contrato y por ende a las cláusulas abusivas que se encuentran contenidas en el mismo (Merino, 2008).

f) Van en contra de los principios de buena fe, transparencia y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Las cláusulas abusivas van en contra del principio de la buena fe, porque no respetan conductas tales como: la lealtad, la honestidad o la consideración recíproca. El proveedor abusa

EALR, V. 12, nº 1, p. 190-216, jan-abr, 2021

de su facultad para redactar cláusulas generales, degenerándolas a tal modo que procura un beneficio superior al que tenía previsto, a costa de menoscabar la economía personal y los derechos del consumidor, quien se encuentra en desventaja por su posición contractual y por la falta de información respecto al bien o servicio a contratar (Roppo, 2009).

Las cláusulas abusivas van en contra de la transparencia, entendida como el derecho que tiene todo contratante a recibir información útil, pertinente y conducente para efectos de tomar una decisión de consumo. Esta información no es proporcionada por el proveedor pudiendo, así, redactar cláusulas que menoscabarían los derechos del consumidor (Roppo, 2009).

En ese mismo sentido, las cláusulas abusivas van en contra del justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, pues el proveedor al establecer el contenido contractual se va adjudicando sistemáticamente una serie de derechos mientras que imputa una serie de obligaciones desproporcionales y onerosas al consumidor, por lo que se pierde el justo equilibrio que debe caracterizar a la celebración de un contrato. Este desequilibrio se manifiesta en consecuencias jurídicas y económicas en contra del consumidor.

Podemos concluir señalando que las cláusulas abusivas ponen en desventaja o desigualdad al consumidor respecto al proveedor, siendo que estas cláusulas serían inexigibles por su propia naturaleza; además van en contra del principio de la buena fe contractual.

4.1 Las cláusulas abusivas previstas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano

El legislador peruano ha previsto cuáles son las cláusulas abusivas que pueden ser parte de un contrato de consumo, diferenciando dos categorías, las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta y las cláusulas abusivas de ineficacia relativa.

Las primeras, son aquellas estipulaciones contractuales que desde su génesis o desde su origen, son nulas de pleno derecho, siendo inválidas *per se* (Torres, 2005). Este tipo de estipulaciones contractuales no son amparadas por el Derecho en forma alguna, son merecedoras de reproche y rechazo *a prima facie*, por lo que son sancionadas con nulidad, la cual es inmediata e irreversible (Nájar, 2018).

El Art. 50° del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano establece cuáles son las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta:

- a) Las que excluyan o limiten responsabilidad al proveedor o a sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.
- b) Las que faculden al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad competente.
- c) Las que faculden al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- d) Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar contrato.

- e) Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos de los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a poner excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.
- f) Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión de la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.
- g) Los que establezcan renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.
- h) Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público de carácter imperativo.

Como es de verse, el inciso “e” del Art. 50 hace referencia a la limitación de derechos reconocidos de los consumidores; al respecto, Durand Carreón (2007) explica que estos derechos son *numerus apertus*, es decir que no son una lista limitada o taxativa de derechos, por el contrario, se pueden seguir extendiendo en virtud de situaciones nuevas que se generen y que requieran de regulación jurídica. Actualmente, son reconocidos como derechos de los consumidores los siguientes: el derecho a la salud y a la seguridad, a ser informado, a elegir, a ser representado, a la protección de intereses económicos, a la reparación de daños, a la educación, a un medio ambiente saludable, a la no discriminación o igualdad de trato, entre otros.

En el caso materia de análisis, las Resoluciones Finales de segunda instancia N° 0243-2018/SPC-INDECOPI y N° 0219-2018/SPC-INDECOPI, hacen referencia a la vulneración al derecho de elección del consumidor, entendido este como el derecho a acceder a una variedad de productos o servicios valorativamente competitivos para la satisfacción de necesidades del consumidor. Este derecho permite resaltar nuestra libertad de decisión y llama al conocimiento y ejercicio de los demás derechos. (Durand, 2007, p. 166).

Por otro lado, se tiene a las cláusulas abusivas de ineficacia relativa, entendidas estas como las estipulaciones contractuales, cuya validez está supeditada a un análisis de razonabilidad y legalidad por parte del Juzgador para cada caso concreto (Najar, 2018).

A diferencia de las cláusulas de ineficacia absoluta, este tipo de estipulaciones contractuales, si han nacido para ser amparadas por el Derecho de acuerdo al criterio del operador de justicia, en este sentido *a prima facie* no son merecedoras de reproche o rechazo total hasta que se analice la validez de las mismas, siendo que forman parte de una lista que no se limita a un número determinado de supuestos (Nájar, 2018).

El Art. 51° del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano establece cuáles son las cláusulas abusivas de ineficacia relativa.⁹

⁹ El art. 51 señala: “Cláusulas abusivas de ineficacia relativa.

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

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

5. El Derecho a la Libertad de Empresa: La Importancia del Modelo de Negocios para la Actividad Comercial

Este importante derecho que hace parte de los derechos económicos reconocidos en la Constitución peruana, es definido como:

Un derecho fundamental económico que protege la autodeterminación de cualquier persona de desarrollar, en sus variadas formas, actividad empresarial. Ello implica la elección del sector de la actividad económica en donde se va a desarrollar la actividad empresarial y la forma en la que la misma se realizará; este derecho permite el acceso al mercado sin restricciones, realizando actividades lícitas; en libre concurrencia con otros empresarios a fin de competir por las preferencias de los consumidores y usuarios, ello a fin de obtener un provecho económico que redunde en su propio bienestar y el de su entorno, así como en toda la sociedad. (Landa, 2017, p.127)

El derecho a la libertad de empresa consiste en la posibilidad de manejar libremente la actividad empresarial dentro de los marcos establecidos tanto por la Constitución como por la ley; la empresa es una entidad que toma decisiones libremente dentro de la esfera privada sin afectar el derecho establecido. La libertad de empresa tiene carácter específico porque la vida empresarial – aun la de la empresa individual – tiene sus propias características, requisitos y procedimientos los cuales deben ser respetados (Rubio, 1999).

Este derecho reconoce la autonomía del individuo, por la cual se le confiere al ciudadano “la libertad” de desarrollar la actividad empresarial que parte de la determinación para emprender un negocio y desarrollarlo de acuerdo a alguna de las formas empresariales previstas por el ordenamiento jurídico; por ello, la libertad de empresa es reconocida en una dimensión institucional, pues se constituye en un principio que otorga sustento a la economía social de mercado. Sin el reconocimiento de este derecho no sería posible la existencia del modelo económico vigente en el Perú. Así pues, el derecho a la libertad de empresa es el marco objetivo en el que se garantiza el ejercicio autónomo del derecho individual (Landa, 2017).

El Tribunal Constitucional Peruano, en el considerando 31 de la sentencia recaída en el expediente N° 0011-2013-PI-TC, se ha manifestado sobre este importante derecho:

La libertad de empresa es un derecho fundamental mediante el cual se garantiza la facultad de toda persona a elegir y crear libremente una institución u organización con el objeto de dedicarla a la realización de actividades que tengan fines económicos, ya sea de producción de bienes o prestación de servicios, orientados a satisfacer necesidades y disfrutar de su rendimiento económico y satisfacción espiritual. (Tribunal Constitucional peruano, 2013, p. 07)

El Estado ostenta una serie de deberes y obligaciones para la promoción de la actividad empresarial y la generación de un marco institucional y legal que permita la reducción de costos para la constitución de empresas, hasta que estas puedan ingresar en el mercado y puedan competir en igualdad de condiciones. Del mismo modo, el Estado debe prever un entorno

-
- c. Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.
 - d. Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos.
 - e. Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales.
 - f. Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato.

institucional que regule adecuadamente la salida de las empresas del mercado cuando ya no sean sostenibles, ello a efecto de mitigar los efectos negativos de esa salida, mediante un sistema concursal que privilegie tanto la transparencia como la liquidación ordenada (Landa, 2017).

Ignacio García (como se citó en Torres, 2012) explica que la libertad de empresa es un importante instrumento para el libre desarrollo de la personalidad, pues constituye una pieza clave para el crecimiento económico y el bienestar colectivo, en tanto está dotada de utilidad social. Se trata de una libertad que establece un mandato dirigido a los poderes públicos para eliminar las trabas que impiden el libre desenvolvimiento de la iniciativa privada. El derecho a la libertad de empresa supone una potestad relativa, en tanto es un derecho que dista mucho de ser absoluto y que ha de ser modulado atendiendo a otros valores y principios.

En este orden de ideas, es importante resaltar que el derecho a la libertad de empresa, no reconoce una facultad absoluta que le permita al proveedor acometer contra otros proveedores, consumidores o el propio mercado, violándose los límites que la ley impone. Por el contrario, este derecho faculta al proveedor a iniciar y sostener su actividad empresarial, cuyo ejercicio está limitado por normas de orden imperativo (Fernández, 1995).

Así, el derecho a la libertad de empresa debe ser ejercitado dentro de los límites que la ley impone, éste ampara a todas las personas naturales o jurídicas que tienen iniciativa empresarial y deciden materializarla con un fin económico que persigue un lucro o ganancia a partir de la prestación de bienes u ofrecimiento de servicios en el mercado. Este derecho tutela la autodeterminación del empresario, que, finalmente definirá dentro de que rubro o contexto desarrollará su actividad empresarial, en este aspecto resalta la capacidad del proveedor para escoger un modelo de negocio.

El contenido del derecho a la libertad de empresa, abarca aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito. El contenido del derecho a la libertad de empresa tomará diferentes matices de acuerdo a cada caso en particular y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. (Viera, 2010)

El Tribunal Constitucional peruano, en el considerando 15 de la sentencia recaída en el EXP. N.º 01405-2010-PA/TC ha establecido lo siguiente:

De este modo, cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

De allí se desprende que dos de los componentes de la libertad de empresa están referidos a (i) *La libertad de la creación de empresa y acceso al mercado*, que implica la libertad de decidir fundar una empresa o no hacerlo, así como acceder al mercado sin restricciones a efecto de competir lealmente con otros empresarios que ofrecen los mismos o similares bienes o servicios y (ii) *La libertad de organización y gestión de empresa*, que implica el derecho a decidir sobre: el objeto, el nombre, el domicilio, la denominación social, el tipo de organización societaria y empresarial, el giro del negocio, facultades o los administradores, políticas de precios, crédito y seguros,

contratación de personal, política publicitaria, la organización del proceso productivo y la toma de decisiones que incidan en la gestión de la empresa (Landa, 2017).

Como se observa, la libertad de empresa, trae consigo la libertad de decidir el giro y el modelo de un negocio, siendo esta una facultad del proveedor, desprendida del derecho aludido.

La doctrina comercialista y los académicos de las ciencias empresariales han establecido pautas para entender y explicar la importancia de un modelo de un negocio en el mundo empresarial; en ese sentido, para Ricart, (2009) un modelo de negocio es:

Una herramienta conceptual que contiene un conjunto de elementos y relaciones, que nos permiten expresar la lógica de negocio de una empresa específica. Es la descripción del valor que una empresa ofrece a uno o varios segmentos de clientes y de la arquitectura de la empresa y su red de socios para crear, comercializar, y aportar este valor a la vez que genera un flujo rentable y sostenible de ingresos (Ricart, 2009, p.14).

Los modelos de negocio describen las bases sobre las que una empresa crea, proporciona, capta valor e inicia la operacionalización de su organización, a partir de las elecciones que realiza. (Osterwalder y Pigneur, 2013).

Como la elección de un modelo de negocio se ampara en el derecho a la libertad de empresa y la iniciativa privada libre que ostenta el proveedor - recordando que ambos derechos vienen contenidos de libertad y de actuación económica para que el proveedor establezca cuál será la forma en que prestará un servicio u ofrecerá un bien en el mercado (Rubio, 1999) -, tenemos que cada proveedor está facultado para escoger un modelo de negocio que se adapte mejor a sus perspectivas empresariales.

Respecto al modelo de negocio de establecimientos como los cines, debemos recordar que estos han experimentado un considerable desarrollo durante las últimas décadas, ello debido a la instalación de diversos centros comerciales en las principales ciudades del territorio peruano; así, el cine como establecimiento, no solo se dedica a la exhibición de producciones audiovisuales a cambio del pago de un precio, sino también ofrece otros servicios alternativos al usuario que son compatibles a la visualización de la película, como la venta de alimentos y bebidas dentro del local comercial (Marcos, 2003).

6. El Indecopi y Su (In)Correcta Calificación como Cláusula Abusiva a la Prohibición de Ingresar al Cine con Alimentos y Bebidas Adquiridos Fuera del Local

En virtud de la denuncia interpuesta por la ASPEC en contra de Cineplex y Cinemark, la Sala de Protección al Consumidor (SPC) del INDECOPI emitió las Resoluciones Finales de segunda instancia N° 0243-2018/SPC-INDECOPI y N° 0219-2018/SPC-INDECOPI, en las cuales se señala que:

82- La prohibición a los consumidores de ingresar con alimentos o bebidas adquiridos fuera del local comercial, constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que se encuentra establecida en el inciso e) del artículo 50° del Código. Ello, en tanto limita los derechos de los consumidores, en específico, en el presente caso, el derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, contenido en el artículo 1°.1 inciso f) del Código (Indecopi, 2018, p. 27).

Esta decisión, desde nuestra perspectiva, está equivocada, puesto que como sostiene Cabrera, (2019) el consumidor ejerce su derecho a elección antes de que se constituya la relación de consumo, es decir, con anterioridad a que se le preste el servicio de proyección de la película. Así, de la pluralidad de ofertas de proyección de películas que ofrecen las cadenas de cines en el mercado, el consumidor escoge el servicio de un proveedor, es decir que toma la decisión de consumo ejercitando libremente y sin limitación alguna el derecho a elegir entre uno u otro servicio que presta uno u otro proveedor; considerando para su elección diferentes factores como: la cartelera, la infraestructura, la ubicación, el precio, la calidad, la seguridad, etc.

El consumidor elige el cine en el que visualizará una película, por lo que desde la compra del ticket queda sujeto a las condiciones que el proveedor del servicio pone a su disposición – condiciones que han sido establecidas en virtud de un modelo de negocio, que encuentra su amparo legal en el derecho a la libertad de empresa, previsto en el Art. 59° de la Constitución Política del Perú – siendo que no se afecta el derecho de elección de los consumidores, ya que ellos ejercitan su libertad de elección de acuerdo a condiciones establecidas y puestas a disposición por parte de los proveedores.

Cabe recordar que para que esta etapa de elección por parte del consumidor, sea válida, es necesario que tenga pleno conocimiento de las condiciones que ofrece el proveedor o prestador del servicio; así lo establece el Art. 05 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, es decir que la restricción de ingresar a la salas de cine con productos adquiridos fuera del local comercial tiene que haber sido comunicada o informada por el proveedor de forma previa a la compra del ticket de entrada. Si al consumidor no se le hubiera informado de esta restricción, como afirma Ruiz (2018), estaríamos frente a una: “Falta de información sobre atributos relevantes de los bienes y servicios, que puede constituir un obstáculo que impide el pleno ejercicio de la libertad (o capacidad) de elección, entendiéndola como la posibilidad de adoptar decisiones de consumo mínimamente informadas” (p.87).

El derecho de elección del consumidor puede ejercitarse de diferentes formas, al respecto Cabrera (2019) sostiene que el consumidor elige cuando:

- 1) Hace uso de los servicios de proyección de películas en las salas de cine y compra los alimentos que venden en sus quioscos.
- 2) Hace uso de los servicios de proyección de películas en salas de cine sin comprar alimentos que venden en los quioscos.
- 3) No hace uso de los servicios de proyección de películas en salas de cine del establecimiento y acude a otro.

De esta manera tenemos que una visita al cine tiene una tarifa compuesta por dos partes, la primera consiste en que los clientes se dirigen a la boletería a efecto de comprar un ticket para ingresar a la sala de cine a ver una película de su preferencia. A esta primera compra se le denomina cobro fijo generado por el establecimiento de una relación de consumo. Posteriormente, los clientes pueden acceder a otros servicios alternativos, como comprar alimentos o bebidas dentro de la dulcería del cine. Esta segunda compra constituye un cobro variable, porque va depender de la voluntad del espectador (Alegría 2018). Cabe indicar que estas ventas forman parte de la diversificación de las actividades del proveedor, por ello solo pueden ejecutarse dentro del establecimiento comercial.

Así pues, consideramos que no puede existir un derecho a llevar “pipoca” propia, porque el derecho de elección que tutela al consumidor se estaría ejercitando abusivamente, considerando que el mismo ya se había manifestado de forma previa cuando se escogió el cine. En este sentido, correspondía que el consumidor se adhiera a las condiciones pactadas en el contrato, las cuales - como se ha explicado - ya eran de su conocimiento y han sido parte de la práctica de ir al cine a lo largo de los años. A los consumidores se les limita la variedad de productos alimenticios ofrecidos, pero ello no implica que se les condicione a elegir lo ofertado por el cine.

Por otro lado, se debe considerar que el Derecho del Consumidor debe buscar proteger a la persona que adquiere o hace uso de un bien o servicio, lo que no representa, que deba afectar los derechos del proveedor; en ese sentido, Herrera (2018) explica que si una decisión o política de la empresa es calificada como “práctica abusiva”, a pesar de que el consumidor ha sido advertido e informado sobre los términos y condiciones del modelo de negocio y tiene el poder de decisión, está traerá consecuencias económicas negativas al proveedor.

En esa misma línea, Cáceres (2018) complementa:

El derecho de elección del consumidor debe convivir con el derecho del otro a configurar su oferta comercial (...) afirmar que se restringe la libertad del consumidor, a pesar de haberle dado toda la información sobre la oferta (al punto que este pueda decidir entrar y comer, entrar y no comer, comer antes y entrar, entrar y comer después) y sin que medie posición de dominio del cine, solo puede restringir la libertad del consumidor en la mente de quienes desprecian la propiedad privada. (Cáceres, 2018, p. 02)

En consecuencia, la restricción que ejecutaba el cine se basaba en reservarse la exclusividad de la prestación complementaria que abarca la venta de alimentos o bebidas, no permitiendo el acceso a la sala de aquellos productos alimenticios o bebidas adquiridos en establecimientos ajenos. Por lo que se imponía una limitación que obedece a un modelo de negocio y no supone un perjuicio en contra del consumidor, o un perjuicio en contra de su derecho de elección, así como tampoco implica un desequilibrio importante e injustificado en los derechos y obligaciones del contrato que sea contrario a las exigencias de la buena fe. En efecto, se trata de una prohibición plenamente justificada en la defensa del cine, de sus propias prestaciones, y de la ampliación de su oferta de productos o servicios a los consumidores (Marcos, 2003).

Es importante resaltar que el hecho materia de controversia parte de un contrato de consumo celebrado entre consumidores y el cine, este acuerdo de voluntades tiene naturaleza de “adhesión”, en esta modalidad contractual, los consumidores no han perdido su “libertad contractual o libertad de contratación”, lo que ha sucedido es que esta fase se ha desplazado al fuero del mercado, es decir que los consumidores ya no negocian sus contratos individualmente, sino de forma colectiva, manifestando sus preferencias de consumo en virtud de ciertas conductas que son las que capta el proveedor como necesidades, a través del sistema de mercado (Segovia y Olano, 2020).

En este sentido, es posible que consumidores y proveedores hayan llegado a un “acuerdo” –partiendo de las preferencias del colectivo de los consumidores– en el cual se establecieron un conjunto de cláusulas ofrecidas por las cadenas de cine, dentro de las cuales se incluyó la restricción materia de análisis, a cambio de un mejor precio de entrada para la proyección de películas o una cartelera diversa que ofrece entretenimiento de calidad a los consumidores (Segovia y Olano, 2020).

Para llegar a este “acuerdo”, Bullard (2018) afirma que como consumidores aceptamos los cambios en los esquemas de los modelos de negocio, siendo que manifestamos la aceptación colectivamente, en tanto el modelo de negocio no solo sea creativo, sino además beneficie al consumidor brindando más ofertas que generen competencia en el mercado para poder ejercitar un mejor derecho de elección.

Así, queda demostrado que las cadenas de cine no han incurrido en una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita el derecho de elección de los consumidores, pues ha quedado establecido que éstos ejercitan el derecho mencionado al momento de elegir al proveedor que les prestará el servicio de la proyección de la película, siendo que se adhieren a los términos y condiciones que abarcan la restricción materia de análisis, la misma que se encuentra amparada en el derecho a la libertad de empresa que ostentan los cines.

Cabe indicar que esta prohibición de ingresar al cine con productos alimenticios adquiridos fuera del local, corresponde al giro del negocio del cine, siendo que la venta de alimentos está incluida en la actividad empresarial y representa un porcentaje considerable de las ganancias del proveedor. Ello es sumamente relevante, pues permite disminuir costos en el servicio principal y así reducir tarifas y ampliar la posibilidad de acceso del público. Este punto muy importante, parece haber sido ignorado por la autoridad competente.

7. Las Medidas Correctivas Impuestas por el Indecopi y Sus No Deseados Efectos

Dentro de las medidas correctivas en contra de Cineplex y Cinemark, dispuestas por el Indecopi en las Resoluciones Finales de segunda instancia N° 0243-2018/SPC-INDECOPI y N° 0219-2018/SPC-INDECOPI, se señala lo siguiente:

104 - Sobre el particular, esta Sala considera que, con la finalidad de evitar que en el futuro se produzcan infracciones como la detectada en el presente procedimiento referido a la cláusula abusiva limitativa de derechos corresponde ordenar como medida correctiva a Cinemark (y Cineplanet) que, en el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, se abstengan de aplicar en contra de los consumidores cláusulas limitativas como la analizada en el presente caso, para lo cual deberán retirar de sus establecimientos comerciales (salas de cine) el aviso donde informan a los consumidores la prohibición del ingreso a sus salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera de su establecimiento (Indecopi, 2018, p. 32).

Para explicar los efectos de esta disposición, es necesario tener en claro las particularidades del modelo de negocio de los Cines en el Perú. En ese sentido, como explica Marcos (2003) la actividad del cine ha pasado de la mera exhibición de películas y cortometrajes a la prestación de servicios alternativos que estén vinculados al giro del negocio principal, por ello se ofrecen alimentos y bebidas para acompañar la película que va visualizar el consumidor. Así, este modelo de negocios abarca la restricción de ingresar con productos alimenticios adquiridos fuera del local comercial. Esta restricción tiene una justificación económica y una legitimidad jurídica innegables, pues se fundamenta en la facultad del empresario de configurar y organizar su negocio en base a la libertad de empresa, derecho constitucionalmente reconocido en el ordenamiento jurídico peruano.

Este modelo de negocio no es reciente, ni propio del sistema peruano, en la investigación titulada “El papel y los factores determinantes de las concesiones de ventas en las salas de cines: Evidencias desde la Industria de exhibición de películas española” del año 2007, Wesley Hartmann, profesor asociado a la escuela de negocios de Standford y Ricard Gil, profesor asistente de economía en la universidad de California en Santa Cruz demostraron que cobrar precios altos por las concesiones y ventas de alimentos y bebidas dentro del establecimiento comercial, permite disminuir los precios de los tickets de entrada.

En la referida investigación se explica que al cobrar precios altos por los productos alimenticios vendidos en las dulcerías, las casas de exhibición pueden mantener los precios de los tickets de entrada más bajos, lo que permite que más personas disfruten de la experiencia de acudir al cine. Efectivamente fijar precios más altos de los bienes secundarios –alimentos y bebidas– en relación a los primarios –tickets de entrada–, puede beneficiar a los consumidores, sobre todo a aquellos que no están dispuestos a pagar los alimentos dentro del local comercial.

Este modelo de negocio, se basa entonces en captar la mayor cantidad de consumidores posible, vendiéndose los tickets de entrada a un precio bastante accesible, a cambio de una venta de productos alimenticios con un valor superior al que podemos encontrar en un patio de comidas, un supermercado o una bodega. En este orden de ideas, Alegría (2018) señala que el modelo de negocio, además de suponer una ventaja para los clientes, también supone una ganancia para el propio cine, considerándose que los beneficios o ganancias económicas de taquilla se comparten con las casas productoras de películas, en comparación a los beneficios o ganancias económicas de la venta de productos alimenticios dentro del local que van directamente a los cines y no se comparten.

De acuerdo a lo señalado, compartimos la opinión de Valenzuela (2018) quien sostiene que las consecuencias de la decisión del Indecopi, más allá de los debates que se han generado, las pagarán los consumidores a los que supuestamente ASPEC representa. Pues, conforme a la Memoria Anual de Cineplex (2017), tenemos que los ingresos por las ventas en Dulcería equivalen a un 41% del total de ingresos, un porcentaje bastante considerable.

Si se permite el ingreso de bebidas y alimentos al cine, las ventas en dulcería pueden bajar considerablemente y por ende también bajarán los ingresos que el cine percibía, esta reducción de ingresos afectaría a todos los stakeholders que participan de esta actividad. Para mitigar esta pérdida, solo le restaría al empresario elevar el precio del producto principal.

La venta de productos alimenticios dentro del cine, en la actualidad es tan importante como la proyección misma de las películas, por lo que la restricción materia de análisis es lógica y se condice con el derecho a la libertad de empresa, siendo que además, la restricción respeta el derecho de elección de los consumidores, porque la compra de estos productos alimenticios no es obligatoria.

8. Conclusiones

Las relaciones jurídicas de carácter patrimonial entre proveedores -como Cinemark y Cineplex- y consumidores, nacen de un contrato de consumo. En este contrato se manifiesta –de forma verbal o escrita– el acuerdo de voluntades de las partes, en el que los proveedores actuando profesional u ocasionalmente, comercializan bienes o prestan servicios para que sean utilizados por los consumidores, quienes son las personas naturales o instituciones que adquieren

productos o contratan algún tipo de servicio como destinatarios finales, es decir para su uso personal o familiar.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano establece cláusulas abusivas de ineficacia absoluta y cláusulas abusivas de ineficacia relativa, las primeras son aquellas estipulaciones contractuales que, desde su origen, son nulas de pleno derecho, mientras que las segundas son aquellas estipulaciones contractuales, cuya validez está supeditada a un análisis de razonabilidad y legalidad por parte del Juzgador y en cada caso en concreto. Dentro de las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta, se han tipificado a aquellas que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos de los consumidores, dentro de estos derechos se ha incluido y reconocido el derecho de elección del consumidor, entendido como su facultad para acceder a una variedad de productos o servicios valorativamente competitivos para la satisfacción de sus necesidades.

El derecho a la libertad de empresa es un derecho constitucional económico que tutela la autodeterminación de cualquier persona para realizar actividad empresarial, eligiendo el sector de la actividad económica en donde se desarrollará esta actividad y la forma en la que la misma se realizará. Este derecho permite el acceso al mercado sin restricciones, realizándose actividades lícitas, en libre concurrencia con otros empresarios compitiendo por las preferencias de los consumidores, ello a fin de obtener un provecho económico. El contenido esencial del derecho a la libertad de empresa abarca: la libertad de la creación de empresa y acceso al mercado; la libertad de organización y gestión de empresa; la libre competencia o libre concurrencia en el mercado y la libertad de salir del mercado o autodeterminación para disolver la empresa.

Los modelos de negocio describen las bases sobre las que una empresa crea, proporciona y capta valor, estos parten de la dirección del proveedor sobre cómo operar una organización. La elección de un modelo de negocio se ampara en el derecho a la libertad de empresa y la iniciativa privada libre, ambos derechos facultan al proveedor para establecer cuál será la forma en que prestará un servicio u ofrecerá un bien en el mercado, así como los respectivos términos y condiciones a aplicar.

Conforme al análisis vertido, se ha verificado que el derecho de elección del consumidor no se ha visto menoscabado cuando el cine impuso la restricción de ingresar con alimentos o bebidas adquiridos fuera de su local comercial, en tanto este derecho de elección se ejercitaba antes de que se constituya la relación de consumo; es decir, con anterioridad a que se preste el servicio de proyección de la película. Así, el consumidor ve manifestado su derecho de elección cuando: hace uso de los servicios de proyección de películas en las salas de cine y compra los alimentos que venden en sus quioscos, también cuando hace uso de los servicios de proyección de películas en salas de cine sin comprar alimentos que venden en los quioscos, o cuando no hace uso de los servicios de proyección de películas en salas de cine del establecimiento y acude a otro.

La restricción que los cines establecían obedecía a un modelo de negocio, no constituyendo una cláusula abusiva. La libertad contractual del consumidor, manifestada en la capacidad de negociación de las cláusulas contractuales no se ha perdido, pues ésta se ha trasladado al fuero del mercado, donde los consumidores ya no negocian sus contratos individualmente, sino de forma colectiva, manifestando sus preferencias de consumo en virtud de sus conductas, que son las que capta el proveedor como necesidades, a través del sistema de mercado. Así pues, se ha llegado a un “acuerdo” –partiendo de las preferencias del colectivo de los consumidores– que ha tenido como conclusión un conjunto de cláusulas ofrecidas por las cadenas de cine, dentro de las cuales se incluyó la restricción materia de análisis.

El modelo de negocio de los cines tiene legitimidad jurídica, pues al ampararse en el derecho de iniciativa privada y libertad de empresa asegura un porcentaje de ganancias netas para los proveedores, entendiendo que las ganancias adquiridas por las ventas de taquilla son compartidas con las casas productoras de películas por concepto de pagos de derechos, mientras que las ganancias obtenidas por las ventas en dulcería, que corresponden al 41% de los ingresos del cine (según la memoria anual Cineplex 2017) no son compartidas con terceros, es decir que corresponden a un ingreso directo para las cadenas de cine.

Los mercados son dinámicos, por lo que los proveedores deben presentar ofertas innovadoras, que se adecuen a las demandas y necesidades de los consumidores. El modelo de negocio de los cines tiene justificación económica, puesto que al cobrar precios altos por los productos alimenticios vendidos en las dulcerías, pueden mantener los precios de los tickets de entrada bajos y accesibles, lo que permite que más personas disfruten de la experiencia de acudir al cine.

Si la SPC hubiera aplicado adecuadamente instrumentos que ofrece el Análisis Económico del Derecho para la resolución de la controversia suscitada entre ASPEC y las cadenas de cine, hubiera medido precisamente el costo-beneficio de su pronunciamiento a corto y a largo plazo, considerando factores como: 1) el perjuicio a los proveedores, pues al haberse vulnerado y limitado su derecho a la libertad de empresa, no pueden aplicar su modelo de negocio y ello disminuye sus ganancias, 2) el perjuicio a los trabajadores, en tanto existe la posibilidad de sacrificar el mantenimiento del local, lo que se traduce en la disminución de empleo para las personas que trabajan en los cines y 3) el perjuicio a los consumidores, pues existe la posibilidad de subir el precio de las entradas o disminuir las alternativas de películas en cartelera.

9. Referencias Bibliográficas

- Alegría, L. (27 de febrero del 2018). Estos son los precios de la comida en Cineplanet y Cinemark. *El Comercio*. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/economia/negocios/comida-cine-cara-noticia-500250-noticia/>
- Álvarez Estrada, J. y Herrera Tapias, B. (2016). Contrato por adhesión y relación de consumo en el Estatuto del Consumidor Colombiano. *Revista de Ciencias Sociales* (RCS). Vol. XXII, No. 1, Enero-Marzo 2016, pp. 166-178.
- Arana, M. (2018) Contrato de Consumo: Cláusula Abusiva. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 08(10), 60-91. Recuperado de: <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/77/75>
- Arango, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Estudios Socio-Jurídicos*, 18(1), 243-266. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792016000100008&script=sci_abstract&tlng=pt
- Bricks, H. (1982). *Les Clauses Abusives*. Paris, Francia: Bibliothèque de Droit Privé.
- Bullard, A. (03 de marzo del 2018). Libertad Bamba, por Alfredo Bullard. *El Comercio*. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/cineplex-indecopi-cine-consumidores-servicio-libertad-bamba-alfredo-bullard-noticia-501610-noticia/>
- Bullard, A. (16 de marzo del 2018). Canchita oscurecida, por Alfredo Bullard. *El Comercio*.

Derechos del consumidor y libertad de empresa: Las controvertidas resoluciones del Organismo peruano protector de los derechos de los consumidores respecto al caso Cinemark – Cineplex

Recuperado de: <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/canchita-oscurecida-alfredo-bullard-noticia-505068-noticia/>

Bullard, A. (2006). *Derecho y Economía, el análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Perú: Palestra Editores.

Cabrera, J. (2019). *El mercado en cuanto sea posible y el Estado en cuanto sea necesario*. (Tesis de maestría) Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Recuperado de: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16066>

Cáceres, Freyre F. (28 de febrero del 2018). El derecho a la canchita, por Fernando Cáceres. *El Comercio*. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/indecopi-cine-cineplanet-cinemark-derecho-canchita-fernando-caceres-noticia-500693-noticia/>

Cajas, W. (2019). *Código Civil y Procesal Civil comentado*. Lima, Perú: Editorial Rodhas.

Código de Defensa y Protección del consumidor brasileiro, *Ley 8078*, publicitada el 11 de setiembre de 1990. Recuperado de: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533814/cdc_e_normas_correlatas_2ed.pdf

Código de Protección y Defensa del consumidor peruano, *Ley 29571*, publicitada el 02 de octubre de 2010. Recuperado de: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20195/177451/CodigoDProteccionyDefensaDelConsumidor%5B1%5D.pdf/934ea9ef-fcc9-48b8-9679-3e8e2493354e>

Cooter, R. y Ulen, T. (1998) *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica,

Damian, O. (2019). *Protección y Defensa del Consumidor Jurisprudencia Especializada*. Lima, Perú: Editorial Grijley

De la Puente y Lavalle, M. (2017). *El Contrato en general - TOMO I*. Lima, Perú: Palestra Editores

Documento de Trabajo 001-2000. *Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta*. Documento elaborado por el Área de Estudios Económicos del Indecopi y publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 15 de marzo de 2000.

Durand, J. (2007). *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú*. Lima, Perú: Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres.

Durand, J. (2012). El Código de Protección y Defensa del Consumidor, retos y desafíos para la promoción de una cultura de consumo responsable en el Perú. *Revista de Actualidad Mercantil*, (04), 94-135. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/14958>

Echeverri, M. (2011). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. *Opinión Jurídica*, 9(17), 127-144. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/162>

Fernández, F. (1995). El régimen socioeconómico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español. *Derecho y Sociedad*, (10), 83-102. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14311>

- Gil, R. y Hartmann, W. (2007). The Role and Determinants of Concession Sales in Movie Theaters: Evidence from the Spanish Exhibition Industry. *Review of Industrial Organization*, 30 (4), 325–347 Recuperado de: <https://doi.org/10.1007/s11151-007-9139-7>
- Herrera, K. (2018). *La aplicación de las cláusulas abusivas en el código de protección y defensa del consumidor y la posible vulneración de los artículos 58° y 59° de la Constitución de 1993*. (Tesis de pregrado) Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Recuperado de: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/13865>
- Kresalija, B. Ochoa, C. (2019). *Derecho Constitucional Económico*. Colección lo Esencial del Derecho N° 02, Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP
- Landa, C. (2017). *Los Derechos Fundamentales*. Colección lo Esencial del Derecho N° 02. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP
- Ley argentina de Defensa del consumidor, *Ley 24.240*, publicitada el 13 de octubre de 1993. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm#:~:text=ARTICULO%20%C2%BA%20%E2%80%94Objeto.,C onsumidor.&text=La%20presente%20ley%20tiene%20por,su%20grupo%20familiar%20 o%20social.>
- Ley chilena de Protección al consumidor, *Ley 19496*, publicitada el 07 de marzo de 1997, Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=61438&idParte=9210448&idVersion=2020-09-08>
- Ley colombiana de Protección al consumidor, *Ley 1480*, publicitada el 12 de octubre de 2001. Recuperado de: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co103es.pdf>
- Lorenzetti, R. (2018). *Tratado de los Contratos - Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Marcos, F. (2003) ¿Monopolio de las palomitas en los cines? Comentario a la Sentencia en el Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21) *Anuario de la Competencia*, 351-371. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1029806>
- Memoria Anual de Cineplanet (2017). Recuperada de: <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Memoria%20Anual%202017.pdf>
- Merino, R. (2008). *Contratos de consumo e idoneidad de los productos y servicios en la Jurisprudencia del INDECOPI*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Nájar, E. (2018). *Las cláusulas abusivas en la contratación masiva y la protección y defensa de los consumidores: una visión a la Resolución de N° 243-2018/SPC* (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Noronha, F. (1994). *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva
- Osterwalder, A., Pigneur, Yves. (2013). *Generación de modelos de negocio*. Barcelona, España: Grupo Planeta.

- Ovalle, J. (2008). *Derechos de los Consumidores*. México D.F, México: Oxford University Press.
- Proyecto de Ley que introduce el Código de Derecho Económico Belga (2013). *Exposición de Motivos N° 53-2543/001*.
- Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado de Sistema de Seguros, aprobado mediante Resolución SBS N° 4143-2019, del 11 de setiembre del 2019.
- Resolución Final de segunda instancia N° 0219-2018/SPC-INDECOPI emitida por la sala de protección al consumidor del Indecopi.
- Resolución Final de segunda instancia N° 0243-2018/SPC-INDECOPI emitida por la sala de protección al consumidor del Indecopi.
- Ricart, J. (2009). Modelo de Negocio: El eslabón perdido en la dirección estratégica. *Universia Business Review*, (23), 12-25. Recuperado de: <http://www.matizyasociados.com/wp-content/uploads/2014/02/Modelo-de-negocio-el-eslabon-perdido-Ricart.pdf>
- Rojo, A. (1983). Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española. *Revista de Derecho Mercantil*, 327-329.
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP
- Rubio, M. (2008). *El título preliminar del Código Civil*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP
- Ruiz, G. (2018). Soberanía del consumidor y libertad de elección en países de desarrollo. *Revista de Economía Institucional*, 20(38), 72-95. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rei/v20n38/0124-5996-rei-20-38-00071.pdf>
- Schopf, A. (2018). La Buena Fe Contractual como Norma Jurídica. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (31), 109-153. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722018000200109
- Segovia, E., y Olano, K. (2020). Cuando el derecho no es suficiente: El análisis Económico del Derecho en el caso Aspec contra Cineplex y Cinemark. *Derecho y Sociedad*, 2(54), 113-133. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22438>
- Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.
- Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano, recaída en el Expediente N° 3315-2004-AA/TC.
- Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano, recaída en el Expediente N° 0011-2013-PI-TC.
- Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano, recaída en el Expediente N° 01405-2010-PA-TC.

- Soto, C. (2003). *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. Universitas, (106), 563-609. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510617.pdf>
- Stiglitz, R. (1998). Contrato de consumo y cláusulas abusivas. *Revista Con-texto*, 11(4), 32- 51. Recuperado de: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/contxto4&div=8&id=&page=>
- Sztajn, R. (2004) Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 133, año XLIII, p. 7-31.
- Torres, A. (2012). *Teoría General del Contrato - Tomo I*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Torres, C. (2005). *Cláusulas Abusivas en el Nuevo Código de Defensa y Protección del Consumidor*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica
- Valenzuela, C. (28 de febrero del 2018). La canchita, nuevo derecho humano, por Cecilia Valenzuela. *El Comercio*. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/politica/canchita-nuevo-derecho-humano-cecilia-valenzuela-noticia-500746-noticia>
- Viera, C. (2010) La Libertad de Empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. (21), 197.-224. Recuperado de: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11789/58036_9.pdf?sequence=1
- Villalba, J. (2011). Los contratos de Consumo en el Derecho Colombiano y el Derecho Comparado. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, 19(2), 171-195. Recuperado de: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rfce/article/view/2255>