

La lucha contra las cláusulas abusivas

Juan Alejandro Espinoza Espinoza*

*Departamento Académico de Derecho Privado
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
juanespinoza@speedy.com.pe*

SUMARIO: *1.- La sobrerregulación y sobreprotección administrativa de las cláusulas abusivas. 2.- El caso de los cines.*

* Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

1.- LA SOBREGULACIÓN Y SOBREPOTECCIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como una atenta doctrina ha señalado, “los contratos por adhesión y la contratación estandarizada representan el genotipo de la contratación asimétrica de la empresa y su disciplina refleja las exigencias de tutela del sujeto débil del contrato. Se colocan en la lógica de protección del adherente/consumidor en el contrato (en todas sus fases, desde la pre-negocial al momento patológico), como condición previa para el correcto funcionamiento del mercado”¹. Sin embargo, **la paradoja de la lucha contra las cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico peruano se da con la “sobregulación”**. En efecto, no por tener muchas normas se da una tutela efectiva a los derechos del consumidor. Un ejemplo lo tenemos con la **Ley N° 29946.- Ley del Contrato de Seguro (26.11.12)**, el art. 39 (re)define a las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

“I) Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que, aun cuando no hayan sido observadas por la Superintendencia, causen en contra de las exigencias de la máxima buena fe, en perjuicio del asegurado, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando ha sido redactada previamente y el contratante no ha influido en su contenido.

II) El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato por adhesión.

III) El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta, además de la situación ventajosa que se genere para el asegurador en perjuicio del asegurado, la naturaleza de los bienes o servicios materia del contrato y de su celebración, así como el resto de cláusulas del contrato.

IV) El carácter abusivo de una cláusula subsiste aun cuando el contratante y/o asegurado la haya aprobado específicamente por escrito.

1 Maria Luisa CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Giuffrè, Milano, 2016, 68.

V) Las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho por lo que se las tiene por no convenidas.

VI) Cuando el juzgador declare la nulidad parcial del contrato puede integrarlo si es que el mismo puede subsistir sin ver comprometida su finalidad económico-jurídica.

VII) Las cláusulas o prácticas abusivas no dejan de serlas por el hecho de que en la celebración del contrato de seguro haya participado un corredor de seguros”.

Sin embargo, frente a la sanción de ineficacia regulada por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, opta por la sanción de nulidad, prescrita por el Código Civil. En efecto, el art. 40 norma que:

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, con carácter enunciativo, las empresas están prohibidas de incluir en las pólizas de seguro las siguientes estipulaciones, que serán nulas de pleno derecho:

- a. Cláusulas mediante las cuales los asegurados y/o beneficiarios renuncien a la jurisdicción y/o leyes que los favorezcan.
- b. Cláusulas que establezcan plazos de prescripción que no se adecúen a la normatividad vigente.
- c. Cláusulas que prohíban o restrinjan el derecho del asegurado a someter la controversia a la vía judicial, sin perjuicio de su derecho de acordar con el asegurador, recién una vez producido el siniestro, el sometimiento del caso a arbitraje u otro medio de solución de controversias.
- d. Cláusulas que dispongan la pérdida de derechos del asegurado y/o beneficiario por incumplimiento de cargas que no guardan consistencia ni proporcionalidad con el siniestro cuya indemnización se solicita.
- e. Cláusulas que limitan los medios de prueba que puede utilizar el asegurado o que pretendan invertir la carga de la prueba en perjuicio del asegurado.
- f. Cláusulas que establecen la caducidad o pérdida de derechos del asegurado en caso de incumplimiento de cargas excesivamente difíciles o imposibles de ser ejecutadas.

- g. Cláusulas que imponen la pérdida de derechos del asegurado en caso de violación de leyes, normas o reglamentos, a menos que esta violación corresponda a un delito o constituya la causa del siniestro.
- h. Otras que establezca la Superintendencia en protección de los intereses de los asegurados.

La Superintendencia identifica aquellas cláusulas abusivas de los contratos de seguros y emite normas de carácter general que prohíban su inclusión en futuros contratos. Asimismo, difunde en su portal institucional todas aquellas cláusulas abusivas identificadas”.

No sólo hay sobrerregulación, sino una **sobreposición** de autoridades administrativas que tienen competencia primaria para “inaplicar” las cláusulas abusivas. Como puede observarse, en materia de contratación de seguros, la tiene la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs. Así, el primer párrafo del art. 46 del Reglamento de transparencia de información y disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del Sistema Financiero aprobado por Resolución SBS N° 1765-2005, del 29.11.05, define a las cláusulas abusivas como:

“Todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido”.

Sólo para citar un caso más, **en materia sanitaria**, es competente la Superintendencia Nacional de Salud. Así el art. 5.2 del **D. S. N° 026-2015-SA.- Decreto Supremo que aprueba Reglamento del Procedimiento de Transferencia de Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI a la Superintendencia Nacional de Salud - SUSALUD, en el marco del Decreto Legislativo N° 1158 del 12.08.15**, establece que:

“SUSALUD es competente también para identificar las cláusulas abusivas en los contratos o convenios que suscriben las IAFAS con los asegurados o entidades que los representen, según las disposiciones aplicables de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, con excepción de las pólizas de seguros de las Empresas de Seguros bajo el control de la Superintendencia de

Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, sin perjuicio de la protección al consumidor o usuario directamente afectado respecto de la aplicación de la referida cláusula en el caso en concreto” (el subrayado es mío).

Mediante Resolución Final No. 960-2014/CC1, del 11.09.14, la Comisión de Protección al Consumidor No. 1, Sede Central, calificó como abusiva una cláusula en un contrato de préstamo vehicular, que facultaba **bloquear los vehículos por falta de pago**, eximiendo de responsabilidad al proveedor frente a los consumidores y terceros, por cuanto representa una desventaja injustificada para el consumidor. Así:

“Dicho apagado podría ocurrir incluso mientras los vehículos se encuentren en marcha, por lo que la facultad conferida contractualmente a la Caja atenta contra otros bienes jurídicos fundamentales como lo son el derecho a la vida y la integridad física de los denunciantes y/o terceros que estén ocupando los vehículos al momento del apagado². Ello, viene agravado por el eximente de responsabilidad por parte de la Caja relativo a las consecuencias que pudiesen resultar de tal exposición al riesgo para los clientes u otras personas.”

La misma resolución también consideró como abusiva la cláusula que **obligaba a contratar seguros adicionales** (como seguros de Plan de Previsión de Salud y Renta Hospitalaria) a aquellos aprobados administrativamente. Ello, por cuanto:

“Constituye una limitación a los derechos de los taxistas en su calidad de consumidores, el hecho de incluir la venta y contratación de dos seguros adicionales cuya cobertura no guarda relación alguna con el producto principal, siendo que no resulta complementario a éste”.

El sistema jurídico peruano, a efectos de proteger al consumidor frente a la *mala praxis* de las cláusulas abusivas, ha establecido, al lado del remedio

2 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...)

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)

(...)

de la responsabilidad civil, el de la responsabilidad administrativa. Sin embargo (y aquí una ironía de la vida) el legislador ha “abusado” con su excesiva regulación y ha generado no pocas sobreposiciones a nivel de competencia de autoridades administrativas, creado confusión en los consumidores y en los propios operadores jurídicos.

2.- EL CASO DE LOS CINES

Gran trascendencia mediática ha tenido el caso iniciado por una denuncia realizada por una asociación de consumidores debido a la práctica comercial de **restringir el ingreso con alimentos y bebidas en los cines** a menos que no sean los adquiridos por el propio local, en el entendimiento que se trata de una cláusula abusiva. Por su lado, los cines argumentaban que ello perjudicaría su libertad de empresa y su diseño de negocios. Mediante **Resolución Final No. 849-2017/CC2, del 26.05.17**, la denuncia fue declarada infundada. Respecto **al precio**, se afirmó que no hay infracción de los arts. 47.b, 48.c ni 57 del Código de Protección y Defensa del Consumidor en atención a que:

“El hecho que Cinemark ponga a disposición de los consumidores diversos productos alimenticios a determinado precio, no implica que este proveedor estuviera imponiendo obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en un contrato de consumo; por el contrario, se encuentra ejerciendo libremente su derecho de libertad de empresa. Asimismo, dicha conducta tampoco puede ser considerada como un aprovechamiento de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, pues este toma conocimiento de los precios de los productos alimenticios -antes de adquirirlos- y decide libremente si concreta su adquisición”.

Respecto de la **restricción** del ingreso con alimentos ni bebidas no adquiridos en el local comercial, se argumentó que:

“Esta Comisión considera que la referida conducta se encuentra justificada en que dichos proveedores también comercializan productos alimenticios y bebidas en dulcerías o confiterías ubicadas en sus propias salas de cine, con lo cual el hecho de permitir el ingreso de alimentos adquiridos fuera del establecimiento afecta su propia actividad; asimismo, dicha restricción busca evitar incomo-

didades que podrían perturbar la tranquilidad del sus asistentes (como pueden ser olores desagradables, ruidos, posibles accidentes, entre otros); y, entre otros factores de índole económico” (el subrayado es mío).

Dentro de esta línea argumentativa, se sostiene lo siguiente:

“48. Asimismo, a criterio de este Colegiado la restricción -no ingresar con alimentos y/o bebidas que sean ajenos a sus establecimientos- consignada por los proveedores dedicados a la exhibición de películas cinematográficas, forma parte de su modelo empresarial; pues, de lo contrario, se vería afectada su estructura de costos; esto es, que los costos de dichas empresas se incrementarían, ya sea porque, entre otros, tales proveedores: i) deberían contratar mayor personal de limpieza; o, ii) perderían los auspicios/publicidad que ofertan. Asimismo, de no permitir o respetar las políticas de empresa de tales proveedores se desnaturizaría su derecho de libertad de empresa.

49. A mayor abundamiento, esta Comisión considera que en caso se permitiera el ingreso de los consumidores con cualquier tipo de alimentos y/o bebidas a las salas de cine, los proveedores no podrían tener control de estos, lo que implicaría que se afecte la seguridad de todos los asistentes (por ejemplo, que un consumidor ingrese con una bebida caliente; y, dada la distribución de las butacas en las salas de cine y la iluminación de estas, derrame dicha bebida sobre otro cliente). Asimismo, este Colegiado considera que el permitir el ingreso de cualquier tipo de alimento y/o bebida en las salas de cine podría afectar la comodidad de los demás asistentes -teniendo en cuenta que la finalidad de la adquisición de una entrada a un cine por parte de algún consumidor es poder ver y disfrutar la película de su elección-.

50. A la luz de los argumentos antes expuestos, esta Comisión considera que la restricción consignada por Cinemark -prohibición de ingresar a sus salas de proyección con alimentos y bebidas que no hayan sido adquiridos en sus confiterías- se encuentra justificada y por tanto no resulta lesiva a la moral, la salud o seguridad pública, sino que se encuentra dentro del ámbito de la libertad de empresa (auto-organización empresarial).

51. De otro lado, este Colegiado considera que la restricción planteada por Cinemark -como una de sus condiciones para la prestación del servicio que ofrece- no ocasiona una desventaja en el consumidor; toda vez que, este toma conocimiento de las restricciones antes de contratar el servicio en cuestión; por lo que, no podría alegarse que dicha restricción implica una cláusula abusiva.

52. Asimismo, en el presente caso, no ha quedado acreditado que se haya afectado la libertad de elección de los consumidores mediante métodos comerciales agresivos o engañosos, pues estos son libres de poder adquirir los productos alimenticios en las confiterías de Cinemark; o, ingresar a las salas de cine sin adquirir alimento alguno.

53. En ese sentido, dicha conducta no puede ser considerada como una cláusula abusiva o un método comercial agresivo o engañoso; pues, por el contrario, esta -en este tipo de servicio- se encuentra justificada y resulta ser una práctica usual en el mercado” (el subrayado es mío).

En el mismo sentido, se decidió en la **Resolución Final No. 850-2017/CC2, del 26.05.17**. En vía de apelación, mediante **Resolución No. 0219-2018/SPC-INDECOPI, del 02.02.18**, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, falló lo siguiente:

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

Asimismo, se declara la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 850-2017/CC2, en los extremos que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la conducta consistente en que Cineplex S.A. habría restringido el acceso a sus salas de cine con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en su establecimiento comercial como una infracción del artículo 58°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que la conducta antes mencionada se encuentra contemplada únicamente como una presunta infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor. En consecuencia, se ordena el archivo de dicho extremo de la denuncia.

Por otro lado, se revoca la resolución apelada, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Cineplex S.A., por presunta infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, en consecuencia, se declara fundada la misma. Ello, al haberse acreditado que la restricción consistente en la prohibición a los consumidores de ingresar a las salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del

establecimiento comercial, aplicada por la denunciada, constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores.

De otra parte, se declara la nulidad parcial de la Resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 850-2017/CC2, en los extremos que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre la presunta falta de Cineplex S.A. por no haber sustentado y/o explicado la restricción de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento a las salas de cines, toda vez que este cargo fue analizado como parte integrante de la imputación referida a la restricción de ingresar productos alimenticios no adquiridos en su establecimiento a las salas de cines. En consecuencia, se ordena el archivo de la denuncia en el presente extremo.

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

El fundamento por el cual se considera una cláusula abusiva la restricción del ingreso con alimentos ni bebidas no adquiridos en el local comercial es el siguiente:

“70. Así, en el presente caso, se advierte que tal restricción obliga a los consumidores a aceptar la condición establecida por el proveedor de adquirir los productos en el interior de sus cines, si desea ingresar a éstos. Cabe señalar que dicha situación se agrava, si se tiene en cuenta que, en algunos supuestos, la calidad de los alimentos ofertados es inferior a los que pueden comprarse en el exterior; e, incluso más costosos.

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

72. Es importante precisar además que, dicha infracción no nace con la efectiva consumación de la prohibición a través de la compra de productos al interior del cine sino desde el momento en que la prohibición es informada a los consumidores por parte del proveedor, limitándose con ello el derecho de elección de los consumidores, el cual se encuentra reconocido legalmente por nuestro ordenamiento jurídico nacional.

73. Por otro lado, esta Sala considera pertinente precisar que no desconoce las libertades consagradas en los artículos 58^{o3} y 59^{o4} de la Constitución Política del Perú, referidas a la libertad de empresa e iniciativa privada; no obstante, considera que dichas libertades deban ejercerse en el marco del respeto a lo establecido en el artículo 65^o de la Constitución Política del Perú, el mismo que propugna que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios⁵”.

A nivel de experiencias jurídicas comparadas, en esta resolución se da cuenta que si bien en **Chile**, la restricción de acceso a las salas de cine con alimentos o bebidas adquiridos en el exterior no se considera una infracción a la normativa de protección al consumidor; en **Brasil**, la Primera y Tercera Clase del Superior Tribunal de Justicia (STJ) en los Estados de Río de Janeiro (Recurso Especial N° 744.602–RJ (2005/0067467–0) y Sao Paulo (Recurso Especial N° 1.331.948–SP (2012/0132555-6), señaló respectivamente, en los citados pronunciamientos que prohibir la entrada de los consumidores a las

3 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 58°.-** 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.

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

5 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 65°.-** El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población.

salas de cine con alimentos y/o bebidas compradas fuera de dichos establecimientos, constituía una *venta atada* (venta casada), por tanto, una práctica abusiva que vulneraba el derecho de los consumidores. En **Bolivia**, dicha conducta constituye una vulneración al derecho a la libre elección de los consumidores, contenida en el artículo 24° de la Ley 453, Ley General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores, norma promulgada en el 2013, siendo que se venía aplicando a las salas de cine desde julio del 2016; por lo cual dicha conducta constituía una infracción a la normativa en materia de protección al consumidor. En **Argentina**, la prohibición materia de denuncia, se considera una práctica abusiva que atenta contra la libertad de elección de los consumidores, así como el derecho al trato digno y equitativo de los mismos contenido tanto en los artículos 8°bis y 37° inciso b) de la Ley Nacional N° 24.240 de Defensa del Consumidor, como en el artículo 42° de la Constitución Nacional Argentina. En **España**, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) del 08.01.03, consideró que la restricción ejecutada por los cines no estaba amparada por el derecho de admisión, pues introducía una discriminación injustificada respecto de los productos alimenticios y bebidas adquiridos en establecimientos que se encontraban en el exterior.

Igual criterio se siguió en la **Resolución No. 0243-2018/SPC-INDECOPI, del 07.02.18.**

Ante un pedido de aclaración formulado por la parte denunciada, que fue declarado improcedente, mediante **Resolución No. 0467-2018/SPC-INDECOPI, del 05.03.18**, la Sala aprovechó para reafirmar su posición respecto del argumento de la afectación del “modelo de negocios” del empresario. Así:

“El modelo de negocio y la oferta comercial de Cineplex deben ser entendidos y analizados no solo en el marco de lo dispuesto en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú, que garantiza la libertad de empresa, comercio e industria⁶, sino también deben ser entendidos y analizados en concordancia con

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

lo establecido en el artículo 65° de la Carta Magna⁷, que le otorga al Estado la defensa de los derechos de los consumidores; en tal sentido, esta Sala entiende que una interpretación constitucional hace que el modelo de negocio y la oferta comercial planteados por Cineplex deban ser concordados con la tutela de los derechos de los consumidores: ello no constituye, ni puede constituir una afectación al mercado ni a la autonomía de las empresas”.

Por otro lado, se formuló la siguiente aclaración de oficio:

“Finalmente, respecto a la solicitud de Cineplex de excluir las salas *Prime* del alcance de la medida correctiva, es pertinente indicar que -si bien de la lectura de la denuncia, así como de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI- no se hace mención alguna sobre la inclusión de las salas *Prime*, esta Sala, en voto en mayoría, considera que dicho tipo de servicio no se encuentra comprendido dentro del mandato dispuesto en la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI. Ello, en tanto dicho modelo de negocio resulta distinto del formato denunciado y analizado en el presente procedimiento (salas de cine regular)⁸. Por consiguiente, corresponde aclarar que la medida correctiva dictada en la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI no alcanza a las salas de Cineplex de formato *Prime*”.

En efecto, los dos procedimientos siempre se refirieron a salas de **cine regular**, en las cuales la actividad principal es la de exhibición de películas, en donde la venta de bebidas y *snacks* es **accesoria** y es por ello que la restricción de entrar con productos similares es abusiva. En este sentido, se afirma que “de acuerdo al criterio de **la naturaleza del bien o del servicio** los productos alimenticios y bebidas son bienes que no están vinculados con la ejecución de

7 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 65°.-** El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

8 Dichos tipos de sala en su interior cuentan -en su totalidad- con características plenamente distinguibles del formato regular, esto es, sillones ergonómicos, reclinables, con apoyo pies, acompañados con mesas y lámparas, además de expendirse comidas a los consumidores de manera personalizada (a diferencia del formato de salas regular). Ver artículo: “*Cineplanet anunció apertura de las primeras salas Prime en el Perú*”, publicado en RPP Noticias el 5 de febrero de 2013.

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

(Consulta realizada el 5 de marzo de 2018).

la proyección de películas, servicio por el cual se paga un precio determinado y sobre el que hay un interés específico del consumidor, siendo vejatorio que su interés se extienda forzosamente mediante un pacto de exclusividad a la no compra de otros bienes no relacionados con el servicio principal”⁹.

También se ha expresado que “debe saludarse la decisión de la Sala de considerar a dicha práctica comercial como una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, incluida en el contrato de consumo celebrado con los consumidores peruanos, que no otra cosa logra sino cercenar su derecho a la libre elección que la norma tuitiva les garantiza; posición sustentada en los artículos 49 y 50 e) del CDPC, en este último caso por excluir o limitar los derechos legales reconocidos a los consumidores. Un fallo como este –que se coloca a la par de otros emitidos por autoridades judiciales y administrativas de otros países– hace realidad el principio de soberanía del consumidor sobre el cual se asienta el Código, como poner en práctica las políticas públicas que el mismo señala en los artículos VI.8 (promoción de una cultura de protección al consumidor y el comportamiento de buena fe de los proveedores) y VI.9 (promoción del consumo libre y sostenible de productos y servicios, mediante el incentivo de la utilización de las mejores prácticas de comercialización...), de su Título Preliminar”¹⁰.

En el caso de las salas *Prime*, el modelo de negocio es diferente: tanto la exhibición de la película como venta de las bebidas (incluso las alcohólicas) y los alimentos forman parte del servicio ofrecido.

Volviendo a los cines regulares, esta cláusula ha sido calificada como una de **ineficacia absoluta**. El art. 49.1, como se recordará, define la cláusula abusiva. En este caso:

-
- 9 Luis BARDALES SIGUAS, ¿Libertad de los Espectadores contra Libertad de los Cines? La causa práctica del contrato, las cláusulas abusivas y las ventas atadas contra los pactos impuestos de exclusividad. *A propósito de las restricciones del ingreso con alimentos a las Salas de Cine*, *Actualidad Civil*, No. 48, Instituto Pacífico, Lima, junio 2018, 58.
- 10 César CARRANZA ÁLVAREZ, *Prohibición de ingresar alimentos a salas cinematográficas ¿Tensión entre la libertad empresarial y los derechos del consumidor?*, *Diálogo con la jurisprudencia*, No. 236, año 23, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2018, 79-80.

- a. No ha sido negociada individualmente la restricción de ingresar con alimentos y bebidas similares a las que se venden en el cine.
- b. Esta restricción va en contra de las exigencias de la buena fe al generar la desventaja manifiesta al consumidor de limitar su derecho de elección frente a los productos que desea adquirir, al punto que sólo puede comprar lo que le ofrece el cine.

Es de ineficacia absoluta porque, de acuerdo al art. 50.e, limita “los derechos legales reconocidos a los consumidores”. ¿Cuáles son esos derechos? En la Resolución No. 0219-2018/SPC-INDECOPI y la Resolución No. 0243-2018/SPC-INDECOPI se precisa que:

“Sobre el particular, el artículo 65° de la Constitución Política del Perú señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios¹¹. A fin de cumplir con dicho deber de defensa, el artículo 1°.1 literal c) del Código reconoce el derecho de los consumidores a la protección de sus intereses económicos. De igual manera, el artículo 1°.1 literal f) del Código establece el derecho de los consumidores a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado¹²”.

11 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 65°.-** El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población.

12 **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1°.- Derechos de los consumidores.**

1.1. En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

(...)

f. Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta.

(...).

Se afirma que “la cláusula en cuestión es vejatoria en tanto no existe una razón objetiva que justifique la restricción a los consumidores de ingresar a las salas de cine con productos iguales o similares a los que ofrecen dichos establecimientos, pero adquiridos fuera de los mismos. En efecto, el ingreso a las salas de cine con productos iguales o similares a los que ofrecen dichos establecimientos en sus confiterías, en nada modificaría las situaciones de higiene y estructura del local, ni la seguridad y comodidad de las personas”¹³. En esta línea de pensamiento, se asevera que “ciertamente, si recordamos, en el artículo 57° del código del consumidor se señala que son métodos abusivos las prácticas que, aprovechándose de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, le imponen condiciones excesivamente onerosas. Y ello es exactamente lo ocurre en el presente caso”¹⁴.

Respecto de la alegación que se estaría afectando a la libertad de la empresa, se debe tener presente que el “modelo de negocio” es en economía lo que en derecho es un acto de autonomía privada y como tal, debe estar en armonía con otros derechos y sobre todo, no colisionar con mandatos de carácter imperativo. Así, “Se está de acuerdo en lo resuelto por el Indecopi respecto a eliminar la restricción de los cines a los alimentos externos, no habiendo tenido alguna justificación su uso durante tantas décadas, y más aún cuando no es concordante con los preceptos constitucionales en materia de protección al consumidor, que conlleva a su vez a propugnar una mejor competencia entre los actores del mercado, siendo absurdo que ello afecte la libertad empresarial, ya que ésta libertad se refiere, en esencia, a la libre organización interna de la empresa mas no a actuar sin límite en sus relaciones contractuales con los consumidores, más aún cual el límite es el respeto a los derechos fundamentales de las personas”¹⁵.

13 Jimmy RONQUILLO PASCUAL, *Apuntes en torno a la cláusula de restricción a los consumidores de ingresar a las salas de cine con productos adquiridos fuera de dichos establecimientos ¿Es o no una cláusula vejatoria?*, *Actualidad Civil*, No. 48, cit., 95.

14 Reynaldo TANTALEÁN ODAR, “*El problema no es que veas, el problema es que es comiendo*”. *Sobre el caso de los cines*, *Actualidad Civil*, No. 48, cit., 30.

15 Oreste ROCA MENDOZA, *Sobre la prohibición de llevar alimentos ajenos al “negocio” de los cines*, cit., 74.

Frente a las alarmistas voces que la decisión afecta a los agentes económicos involucrados, se sostiene que “los consumidores difícilmente optarán por cargar consigo alimentos o bebidas “hechos en casa” para ir al cine, y más bien muchos preferirán las palomitas de maíz recién preparadas o los productos especiales ofrecidos por los cines, para lo cual las empresas tienen un amplio margen de desarrollo en estrategias de *marketing*. Asimismo, estas últimas saben muy bien que las pérdidas económicas que ya vienen sufriendo no se deben a la decisión del INDECOPI, sino al hecho que se desenvuelven en una economía de competencia imperfecta, en la que hay libre ingreso de otros competidores y dentro de estos están las plataformas de proyección vía *streaming* (como Netflix), cada vez más preferidas por los consumidores, pues allí pueden disfrutar una película sin las irrazonables restricciones de los cines que les prohíben ingerir alimentos mientras realizan su libre acto de ocio o entretenimiento”¹⁶.

En esto reside la economía social de mercado reconocida en el art. 58 de la Constitución, en los siguientes términos:

“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”.

Por ello, se recuerda que “la Constitución es una norma de equilibrio, y en el plano económico el equilibrio ha de darse entre la libertad del mercado y el interés general”¹⁷. En mi opinión, el interés general se identifica –en este caso- con la tutela especial que merecen los consumidores que buscan un espacio para disfrutar de la proyección de una película y ven restringido su derecho de elección respecto de productos que son ofrecidos por proveedor –siendo una actividad complementaria- y no pueden ser adquiridos (pese a ser similares) en otro lugar. Es en esta línea de pensamiento que se ha afirmado que “la deci-

16 Leoni Raúl AMAYA AYALA, *Crítica a los críticos del caso de los cines y la venta de palomitas de maíz, Diálogo con la jurisprudencia*, cit., 70.

17 Walter GUTIÉRREZ CAMACHO, *Comentario al art. 58 de la Constitución, Iniciativa privada y economía social de mercado, La Constitución Comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, 798.

sión es un paso importante y fundamental para la formación de una verdadera cultura del consumidor y un hito histórico necesario en el desarrollo de las relaciones de consumo entre los peruanos”¹⁸. No se debe pasar por alto que, en una encuesta publicada por el diario de mayor circulación nacional (cuya línea editorial, dicho sea de paso, fue sumamente crítica con esta resolución), el 75% de los limeños manifestó que se trata de una decisión adecuada que protege al consumidor¹⁹. Ello no hace más que constatar lo que una precursora doctrina italiana observara en el segundo lustro la década de los setenta del siglo pasado: “las más vejatorias praxis de contratación uniforme no constituyen otra cosa que, en definitiva, formas no accidentales de “abuso” de la libertad contractual (extrañas a los modos institucionales de su desenvolvimiento) o de “degeneración” de un mecanismo de mercado con el cual estarían, por ello, en relación de contradicción”²⁰.

18 Óscar Alberto URIBE AMORÓS, *La fuerza y el poder de la libertad de elección. Indecopi, el cine y las relaciones de consumo*, *Jurídica, El Peruano*, Lima, martes, 13.03.18, 2.

19 Encuesta de El Comercio IPSOS en Lima, *El Comercio*, 11.03.18, 34.

20 Enzo ROPPO, *Contratti Standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Reimpresión integrada con nota bibliográfica, Giuffrè, Milano, 2017, 275.