



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Análisis de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI:
Derecho a la libertad de empresa en el modelo de negocio
de los cines frente al derecho a elegir de los consumidores**

Tesis para optar el Grado de
Máster en Derecho de la Empresa con mención en Regulación del Mercado

Wendy Susana de los Milagros Sánchez Ayen

**Asesor(es):
Dra. Maricela del Rosario Gonzales Pérez de Castro**

Piura, noviembre de 2020

Aprobación

Tesis titulada “Análisis de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI: Derecho a la libertad de empresa en el modelo de negocio de los cines frente al derecho a elegir de los consumidores” presentada por la abogada Wendy Susana de los Milagros Sánchez Ayen en cumplimiento para optar el Grado de Máster en Derecho de la Empresa con mención en Regulación del Mercado, fue aprobada por la Directora Dra. Maricela del Rosario Gonzales Pérez de Castro.



Dra. Maricela del Rosario Gonzales Pérez de Castro
Directora de Tesis



Dedicatoria

A mi hijo Leonardo, que es el motor y motivo de mi vida.
A mi esposo, Jairo, mi fiel compañero, que siempre tiene palabras de aliento para alcanzar mis metas. A mis padres, Segundo y Liliana, quiénes me enseñan día a día, el valor de la familia, el trabajo y la unión. A mis hermanos, Christian y Jannier, quiénes son mis verdaderos amigos y mis más grandes aliados.



Resumen

La investigación tiene como objetivo determinar si la prohibición del ingreso de alimentos y/o bebidas no adquiridas a la empresa del cine, constituye una cláusula abusiva que vulnera el derecho a elegir de los consumidores. Para ello, se analizó el derecho a la libertad de empresa y el derecho a elegir de los consumidores en específico. Además, se realizó un análisis de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, desde el punto de vista constitucional para determinar a través de un test de proporcionalidad la menor afectación al contenido esencial de dos derechos constitucionalmente protegidos que entran en conflicto, como es el derecho a elegir y el derecho a la organización del negocio de la empresa



Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo 1 Economía social de mercado en el ordenamiento jurídico peruano	15
1.1. Derecho Constitucional a la libertad de empresa.....	15
1.1.1. Libertad de acceso al mercado	16
1.1.2. Libertad de organización de la empresa.....	18
1.1.3. Libertad de cesación en el mercado	20
1.2. Límites al ejercicio de la libertad de empresa.....	22
1.3. Principio de libre competencia	24
1.4. Intervención del estado en el mercado.....	26
1.4.1. Principio de subsidiaridad.....	29
1.4.2. Distorsiones en el funcionamiento del mercado	32
Capítulo 2 Protección al consumidor en la relación de consumo	35
2.1. Derecho del consumido como derecho humano.....	35
2.2. El Derecho de los consumidores a elegir libremente.....	40
2.3. El consumidor en la contratación masiva	43
2.4. Sistema de control contra las cláusulas abusivas.....	44
2.5. Criterios de interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión y/o cláusulas generales de contratación	46
2.5.1. Interpretación pro consumidor.....	47
2.5.2. Principio de la Buena Fe	48
Capítulo 3 Libertad de empresa del cine vs derecho de elección de productos por el consumidor	49
3.1. El servicio de proyección de películas en las salas de cine	49
3.2. Análisis de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI: Derecho a la libertad de empresa en el modelo de negocio de los cines frente al derecho a elegir de los consumidores	51
3.3. Postura asumida por el Poder Judicial de Perú en el proceso seguido por Cineplex S.A. contra INDECOPI.....	58

Conclusiones 61

Glosario 63

Lista de referencias 65



Lista de tablas

Tabla 1.	Persona natural	18
Tabla 2.	Persona jurídica	18



Introducción

El proveedor de un bien y/o servicio, en el desarrollo de su actividad empresarial, celebra contratos verbales, escritos, electrónicos, entre otros; en los cuales se establece condiciones específicas y generales sobre la relación de consumo que se celebrará con cada consumidor, originando una demora y un mayor gasto en el desarrollo de diversos contratos para diferentes consumidores. Es por ello que, a fin de disminuir costos y permitir un mejor desenvolvimiento del tráfico económico, el proveedor suscribe contratos estipulando cláusulas generales con el consumidor.

Actualmente predominan los contratos con cláusulas redactas de forma previa y unilateral, por lo que, existe la posibilidad cierta y real de que se incorporaren cláusulas abusivas en las relaciones jurídicas, debido a que el contenido del contrato es obra exclusiva del profesional. En tal sentido, si bien el proveedor en ejercicio de su derecho a la libertad empresarial y a la libertad contractual, tiene derecho a poder determinar el modo y la forma de contratación por la cual presta una determinada actividad económica, es que estos derechos no pueden ser ejercidos de modo ilimitado, sino que deben desarrollarse en el marco del respeto por los derechos del consumidor reconocidos en el Código de Protección al Consumidor.

Al respecto, a principios del presente año, el Tribunal del Indecopi sancionó, en última instancia administrativa, a Cineplex S.A. y Cinemark del Perú S.R.L. por no permitir a los consumidores ingresar a sus salas de cine, con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento comercial, debido a que la prohibición de ingreso de alimentos que no son comprados en el mismo cine afecta el derecho de los consumidores a elegir libremente los productos y servicios que se ofrecen en el mercado, así como el lugar donde adquirirlos.

En virtud al pronunciamiento del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) han surgido diferentes posturas a favor y contra. Dicha problemática ha motivado el desarrollo de la siguiente investigación, quedando el problema planteado en la siguiente interrogante: ¿La restricción del ingreso de alimentos a las salas de cine constituye una cláusula abusiva por vulnerar el derecho a elegir de los consumidores o es que existe una justificación razonable para prohibir el ingreso de alimentos conforme al derecho del modelo de negocio de la libertad de empresa del proveedor del servicio de proyección de películas?

Para tal fin, el desarrollo de la investigación se ha dividido en tres capítulos. El primero se analiza el derecho de las empresas a poder acceder, desarrollarse y extinguirse dentro de una actividad económica en el mercado. En el segundo capítulo se analiza el derecho al consumidor como derecho humano y en específico se realiza la descripción del

derecho a elegir de los consumidores. Finalmente, en el capítulo tres se explica si la restricción del ingreso de alimentos a las salas de cine constituye una cláusula abusiva que vulnera el derecho a elegir de los consumidores o es que dicha restricción tiene un sustento razonable en el derecho a la libre organización del modelo de negocio de la empresa.



Capítulo 1

Economía social de mercado en el ordenamiento jurídico peruano

El Estado a través de sus políticas económicas debe favorecer e incentivar la iniciativa económica de las empresas y asegurar la libre competencia. De este modo, la libertad económica, inspira el buen desenvolvimiento del mercado y permite que los agentes económicos se relacionen de forma dinámica en el libre juego de la oferta y la demanda. Sin embargo, de advertirse distorsiones en el correcto funcionamiento del mercado, el Estado actuará cumpliendo un rol subsidiario, garantizando los principios y las características de un Estado Social y Democrático de Derecho.

1.1. Derecho Constitucional a la libertad de empresa

La Constitución Política del Perú de 1993 reconoce la existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho; en el cual, desde una perspectiva económica, se protege la libertad de la iniciativa privada que se ejerce en un modelo de economía social de mercado. Dicha libertad de empresa se encuentra amparada en el artículo 59 de la carta magna¹ del capítulo I de los Principios Generales del Título III del Régimen Económico.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido del derecho a la libertad de empresa se manifiesta a través de cuatro tipos de libertades, las cuales terminan determinando el ámbito de protección de tal derecho².

- Primero, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para iniciar en el mercado una o varias actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.
- Segundo, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.
- En tercer lugar, está la libertad de competencia, que permite que en el mercado existan suficientes proveedores que brinden condiciones de una atractiva oferta a los consumidores, quienes podrán elegir entre diversas opciones.

¹ Artículo 59 de la Constitución Política del Perú: Rol Económico del Estado
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 pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 03330-2004-AA, fundamento 13.

- En último término, la libertad para cesar las actividades, es libertad para quien haya creado una empresa de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

En este orden de ideas, en la sentencia recaída en el expediente 1405-2010-PA/TC-CALLAO, se ha establecido que el derecho a la libertad de empresa garantiza a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación), 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.

El desarrollo de las libertades que ampara el contenido del derecho a la libertad de empresa, requiere que el ser humano a través de su capacidad creadora pueda constituir una empresa, la cual tendrá fines y objetivos para poder producir bienes o servicios a la sociedad.

De este modo, el empresario, para iniciar su labor en el mercado debe realizar un proyecto comercial, mediante el cual diseñe una actividad que pueda realizar a través de una empresa, sea como persona natural o jurídica. Asimismo, requiere de la capacidad para impulsar el negocio y poder adaptarlo en cada momento y lugar; a su entorno y a las necesidades y preferencias de los consumidores³. Es decir, el derecho a la libertad de empresa desarrolla un amplio margen de libertades que permite que el proveedor pueda elegir el desarrollo de una actividad, la forma de organización de las actividades y también la forma del cese de dichas actividades.

1.1.1. Libertad de acceso al mercado

“La libertad de creación de empresas y de acceso al mercado se refiere al emprendimiento de actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. Por esta libertad de creación debe entenderse tanto la creación propiamente dicha, como la adquisición del poder de decisión en una empresa. Por tanto, cualquier persona, natural o jurídica, que reúna los requisitos legales necesarios puede crear empresas y tiene derecho de establecimiento en cualquier sector económico, sin que quepan prohibiciones o autorizaciones puramente discrecionales de la administración⁴.”

³ Cfr. BALDO KRESALJA, César. Derecho Constitucional Económico, Primera Edición, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009. p. 440.

⁴ Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Lima, Ara Editores, 2004. p. 85

La decisión que tiene el ser humano para constituir una empresa, como persona natural o como persona jurídica, constituye una libertad reconocida y garantizada constitucionalmente. Es decir, si una persona decide realizar una actividad económica puede elegir libremente el tipo de actividad y la forma de empresa que desea constituir; respetando las normas impuestas por el Estado; las cuales, no pueden ser impuestas de forma arbitraria e ilegal. Caso contrario, afectaría el libre ejercicio del contenido del derecho a la libertad de empresa.

De acuerdo a ello, la libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de obstáculo, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad⁵.

En ese aspecto, por ejemplo, las municipalidades son competentes, conforme a la Constitución Política, en su artículo 195, inciso 8), concordante con el inciso 4) del citado artículo, para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley. Es decir, en el ámbito municipal, la libertad de empresa deberá ejercerse sobre dicha base constitucional.

Conforme a ello, queda claro que quien tiene la capacidad de producir un bien o prestar un servicio, debe acceder al mercado en condiciones libres, es decir, que no exista intervención de ningún agente para impedir o restringir dicha participación⁶. Si bien no se puede restringir de forma arbitraria dicha libertad de acceso al mercado; el Estado sí podrá establecer límites legales a su ejercicio, en atención a que ningún derecho es absoluto y debe desarrollarse en armonía con el bien común y la naturaleza de las cosas.

A continuación, desarrollaré las características de las diferentes formas que tiene la persona para poder ingresar al mercado en el desarrollo de una actividad económica. Existen dos modalidades; la primera es la modalidad de Persona Natural con Negocio y la segunda es bajo la forma de Persona Jurídica. En esta última, tienes varias opciones para constituir una empresa a través de los diferentes tipos; como la Empresa Individual de Responsabilidad

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0008-2003-AI, fundamento 42.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 03315-2004-AA, fundamento 16.

Limitada (E.I.R.L.), Sociedad Anónima (S.A.), Sociedad Anónima Cerrada (S.A.C.) o Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (S.R.L.).

Tabla 1. Persona natural

Persona natural con negocio	Empresa individual de responsabilidad limitada
<ul style="list-style-type: none"> - Para el funcionamiento del negocio solo se requiere que la persona obtenga RUC ante la SUNAT. - La persona dueña del negocio responde con sus propios bienes por las deudas provenientes del negocio, debido a que no hay separación de patrimonio. 	<ul style="list-style-type: none"> - Para la constitución se requiere una Escritura Pública y su inscripción en Registros Públicos. - Se constituye por voluntad de una persona. Dicha empresa tiene patrimonio propio que es diferente al de su titular. - La responsabilidad quedará limitada al patrimonio de la empresa.

Fuente: Elaboración propia

Tabla 2. Persona jurídica

Sociedad anónima	Sociedad anónima cerrada	Sociedad comercial de responsabilidad limitada
<ul style="list-style-type: none"> - Se conforma con un mínimo de dos accionistas y no tiene un número máximo de accionistas. - El capital social se encuentra representado por títulos valores negociables. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se constituye con un mínimo de dos accionistas y con máximo de veinte accionistas. - El capital social está representado por acciones nominativas y se conforma con los aportes de los accionistas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se constituye con un mínimo de dos accionistas y con máximo de veinte accionistas. - El capital social estará integrado por las aportaciones de los socios, con un aporte suscrito y pago inicial no menor al 25%.

Fuente: Elaboración propia

1.1.2. *Libertad de organización de la empresa*

“Cuando el artículo 59 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”⁷.

Por ello, el Tribunal Constitucional⁸ señala que el derecho a la libertad de empresa se entiende como el derecho a elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 03116-2009-PA/TC, fundamento 09. Citado por CHANAMÉ ORBE, Raúl. La Constitución Comentada, Volumen 1, Novena edición, Lima, Legales Ediciones, 2015. p. 606.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 07320-2005-AA, fundamento 53.

producción de bienes o producción de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores y usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una situación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad, o la preservación del medio ambiente, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce.”

En este sentido, la libertad de organización de la empresa consiste en la elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o clase de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, crédito y seguros, contratación de personal, política publicitaria, etc., son elementos centrales en la organización empresarial sobre los que decide el empresario y sus colaboradores. Esa elección es, además, parte de la libertad creadora, de la libre iniciativa. Dichas actividades se encuentran limitadas por normas diversas, las que son legítimas mientras respeten el derecho del empresario a ejercer o dejar de ejercer la actividad objeto de regulación⁹

Al respecto, el Decreto Legislativo 757 que aprueba la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, señala que la libertad de empresa permite que las empresas tengan el derecho de organizarse, el mismo que tiene dos matices:

- El derecho de toda empresa a organizarse bajo cualquier forma empresarial.
- El derecho de toda empresa a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente.

Sobre el primer matiz, se analizó en el acápite anterior. Por lo que, corresponde analizar el derecho de la empresa a organizarse en el desarrollo de sus actividades. Dicho derecho se centra en la estructura y los modos de actuación para conseguir que la empresa logre los objetivos empresariales que se plantea. Es por eso que, al crear una empresa, es imprescindible definir la forma de organización, para que todos sus integrantes sepan cuál debe ser el funcionamiento correcto, las funciones que le corresponden, las responsabilidades y las jerarquías.

Del mismo modo, es importante definir el plan de negocio; es decir, el modo de organización de la empresa para iniciar el desarrollo actividad. Dicho plan de negocio se encuentra dirigido a conseguir los mayores ingresos, mejorando los beneficios y

⁹ BALDO KRESALJA, César. Derecho Constitucional Económico, Primera Edición, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009. p. 454.

disminuyendo los gastos. Asimismo, este plan de negocios es una conjugación de diversos elementos (estructura, clientes, actividad principal, actividades secundarias, alianzas estratégicas, finanzas, oferta de valor de los productos y servicios que se ofrecerán; entre otros) que buscan un desarrollo eficiente de la actividad empresarial.

En efecto, el modelo de negocio abarca las elecciones de una organización para generar ingresos en un sentido amplio: volumen de negocio, pero también derechos de propiedad intelectual, alquileres, intereses, subsidios, transferencias de activos¹⁰. Más concretamente, vemos el modelo de negocio como la forma en que una organización articula dinámicamente tres componentes principales para generar ingresos y posteriormente beneficios. Esos tres componentes comprendidos en el modelo RCOV son: recursos y competencias (RC) para generar valor, organización (O) de la empresa dentro de una red de valor o dentro de los límites de la empresa, y la proposición de valor (V) para los productos y servicios suministrados¹¹.

Por tanto, el derecho a la libre organización de la empresa, es un derecho que otorga diferentes facultades a las empresas, para poder definir la forma empresarial y todos los aspectos necesarios para determinar el modelo de negocio de la empresa que genere mayores beneficios a la empresa.

1.1.3. Libertad de cesación en el mercado

La libertad de cese de la actividad es, finalmente, el último aspecto esencial del derecho de libertad de empresa. Resulta natural que quien crea una empresa la cierre en el momento que considere más oportuno, cuando considera, por ejemplo, que ya no cumple con el objeto y las expectativas con que fue creada. Esta formulación, en principio impecable, no es fácil de hacerla realidad en la práctica, pues debe hacerse mediante procedimientos jurídicos obligatorios dictados para protección de los trabajadores, acreedores y terceros¹².

De este modo, cuando una persona natural con negocio o una persona jurídica deciden el cese de sus actividades, debe seguir un procedimiento establecido por ley, con el fin que las entidades supervisoras tomen conocimiento de la voluntad adoptada del fin de sus actividades económicas. En el caso de las personas naturales con negocio que decidan el cese de sus actividades, deben solicitar ante la Superintendencia Nacional de Aduanas y de

¹⁰ AFUAH. Business models – a strategic management approach, Mc Graw Hill Irwin, Nueva York. 2004. Visto el 23 de marzo de 2019 en: <https://www.redalyc.org/pdf/433/43312282007.pdf>

¹¹ AMIT y ZOTT. Value creation in e-Business”, Strategic Management Journal, vol. 22, 2001. Visto el 23 de marzo de 2019 en: <https://www.redalyc.org/pdf/433/43312282007.pdf>

¹² Cfr. BALDO KRESALJA, César. Derecho Constitucional Económico, Primera Edición, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009. p. 455.

Administración Tributaria (SUNAT) la baja del Registro Único de Contribuyente (RUC). Asimismo, deberán realizar los trámites necesarios para el cierre de la actividad económica emprendida ante las autoridades pertinentes.

Mientras que, en el supuesto que una persona jurídica adopte el acuerdo del cese de las actividades, deberá seguir el procedimiento establecido en los artículos 407 al 422 de la Ley General de Sociedades. En razón a ello, debe establecerse la causal específica por la cual proceda la disolución de la empresa, conforme lo establecido en el artículo 407¹³ de la mencionada ley. Luego de disuelta la sociedad, son de aplicación inmediata las normas sobre liquidación¹⁴, que hace referencia al conjunto de operaciones que deben efectuarse para la realización de su activo, el pago de su pasivo y la determinación, si es que lo hubiere, del remanente del patrimonio social repartible entre los socios.

Asimismo, las personas naturales o jurídicas que cuenten con dos o más deudores, y no se encuentren en capacidad de asumir sus obligaciones, pueden someterse a un procedimiento concursal conforme a la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809, la misma que regula dos clases de procedimientos concursales¹⁵:

a. Ordinario: Conocido anteriormente como insolvencia, este procedimiento es aplicable a los sujetos que se encuentran inmersos en una situación de crisis. Mediante este

¹³ Artículo 407 de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887): Causas de disolución

La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

1. Vencimiento del plazo de duración, que opera de pleno derecho, salvo si previamente se aprueba e inscribe la prórroga en el Registro;
2. Conclusión de su objeto, no realización de su objeto durante un período prolongado o imposibilidad manifiesta de realizarlo;
3. Continuada inactividad de la junta general;
4. Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente;
5. Acuerdo de la junta de acreedores, adoptado de conformidad con la ley de la materia, o quiebra;
6. Falta de pluralidad de socios, si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida;
7. Resolución adoptada por la Corte Suprema, conforme al artículo 410;
8. Acuerdo de la junta general, sin mediar causa legal o estatutaria; y,
9. Cualquier otra causa establecida en la ley o prevista en el pacto social, en el estatuto o en convenio de los socios registrado ante la sociedad.

¹⁴ Artículo 413 de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887): Liquidación

Disuelta la sociedad se inicia el proceso de liquidación. La sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dura el proceso de liquidación y hasta que se inscriba la extinción en el Registro. Durante la liquidación, la sociedad debe añadir a su razón social o denominación la expresión "en liquidación" en todos sus documentos y correspondencia. Desde el acuerdo de disolución cesa la representación de los directores, administradores, gerentes y representantes en general, asumiendo los liquidadores las funciones que les corresponden conforme a ley, al estatuto, al pacto social, a los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad y a los acuerdos de la junta general. Sin embargo, si fueran requeridas para ello por los liquidadores, las referidas personas están obligadas a proporcionar las informaciones y documentación que sean necesarias para facilitar las operaciones de liquidación. Durante la liquidación se aplican las disposiciones relativas a las juntas generales, pudiendo los socios o accionistas adoptar los acuerdos que estimen convenientes.

¹⁵ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Procedimiento Concursal, Visto el 20 de noviembre de 2019 en <https://indecopi.gob.pe/web/procedimientos-concursales/presentacion>

procedimiento, los acreedores reunidos en junta podrán optar por la reestructuración patrimonial del deudor o, en su defecto, podrán aprobar su liquidación por estimarla como la decisión más conveniente a los intereses de los acreedores.

- b. Preventivo:** es aplicable a aquellos sujetos que anticipan la situación de crisis inminente que podría afectarlos. En este procedimiento, la junta de acreedores planteará la viabilidad o no de la propuesta de refinanciación de obligaciones formulada por el deudor como solución para evitar un incumplimiento, a corto plazo, que podría derivar en una situación mucho más crítica.

En este sentido, las personas naturales y jurídicas tienen el derecho a poder decidir sobre el cese de sus actividades; sin embargo, para el ejercicio de este derecho se debe seguir un procedimiento de acuerdo a la norma, con el fin que la salida del mercado se realice de forma ordenada y formal.

1.2. Límites al ejercicio de la libertad de empresa

Los derechos constitucionales están compuestos por un contenido esencial, que es el núcleo mínimo e irreductible, indisponible para el legislador, y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia. Del mismo modo, todo derecho constitucional tiene un contenido no esencial, el cual puede ser restringido o limitado siempre de una manera proporcionada. Dichos límites son las compresiones y las restricciones externas que impone el legislador al contenido y consecuentemente al ejercicio del derecho¹⁶.”

En atención a ello, la libertad de empresa es un derecho constitucional que garantiza que todas las personas puedan participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe orientar, estimular y promover.

Por esta razón, es fundamental el estudio de la libertad de empresa, pues en ella se sustenta la consecución de uno de los objetivos asignados al sistema económico por la Constitución vigente: la defensa de la competencia económica entre empresas en particular y agentes económicos en general, como vía adecuada para el logro de mejoras en el nivel de vida de los ciudadanos. Y como se tendrá ocasión de apreciar, esa libertad no es absoluta, pues el texto constitucional vigente habilita a los Poderes Ejecutivo y Legislativo para que intervengan con el propósito de “garantizar, frente a los abusos en el ejercicio de la libertad

¹⁶ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información. Actualidad Jurídica, N°152, 2006. pp. 13-25.

cometidos por los particulares, la supervivencia de un sistema económico de mercado orientado al interés público”, en el marco de la economía social de mercado¹⁷.

En este orden de ideas, el artículo 59 de la Constitución precisa que el ejercicio de la libertad de empresa y de las demás libertades económicas no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. Lo que está haciendo es precisar los límites dentro de los cuales este derecho es ejercido de acuerdo a ley. Es importante señalar que estos límites son enunciativos y no taxativos, pues la protección correcta debe tener como fin el amparo de la dignidad de la persona humana, conforme a lo regulado en los artículos 1 y 3 de la Constitución.

El ejercicio del derecho a la libertad de empresa no es absoluto, sino que, se encuentra sujeto a límites que deben ser respetados para no afectar otros derechos de las personas. De este modo, mediante el derecho a la libertad de empresa, una persona desarrolla actividades económicas en los diversos sectores del mercado, con el fin de mantener o incrementar su patrimonio. Dicha actividad debe tener un fin lícito que no atente con la vida y la salud de la población.

Actualmente, el estado de emergencia decretado por el COVID-19, dispuso diversas medidas para frenar el contagio de la pandemia. Entre las medidas señaladas por el Estado, en un primer momento, se estableció el cese de las actividades económicas, las cuales poco a poco se han ido reanudando conforme a un plan de trabajo que se desarrolla por fases. Estas medidas son un ejemplo, de los límites del derecho al ejercicio de la libertad de empresa, debido a que, los proveedores no podían ejercer su actividad económica porque se debía proteger el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad de la población ante el peligro de contraer el virus. Posteriormente, el Estado ha impuesto medidas sobre el ejercicio de las actividades económicas, de modo que, los proveedores no atenten con la salud y la seguridad de las personas.

En razón a ello, se puede advertir que el derecho a la libertad de empresa no se puede ejercer vulnerando los derechos de la salud, la moral y la seguridad de la población. Sino que, el ejercicio de este derecho debe ser en armonía con el bienestar social.

¹⁷ Cfr. BALDO KRESALJA, César. Derecho Constitucional Económico, Primera Edición, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009. p. 443.

1.3. Principio de libre competencia

En una situación económica ideal, el mercado funciona bajo condiciones de una competencia perfecta; en la cual, las variables de la oferta y la demanda se relacionan de forma equilibrada. De este modo, los consumidores tienen satisfechas sus necesidades y los productores venden todo lo que producen, no habiendo ni excedentes ni déficit en los bienes y servicios en el mercado.

Es decir, los agentes económicos interactúan en diversas negociaciones comerciales, permitiendo que las condiciones de venta de los bienes se definan sin que productores, comercializadores o consumidores tengan la capacidad de determinarlas de modo unilateral. Por ello, los productores cuidan que las condiciones de su oferta sean suficientemente atractivas, debido a que los compradores tendrán la opción de adquirir bienes y servicios de proveedores alternativos. En este sentido, la libre competencia es el mejor mecanismo para promover la asignación eficiente de recursos en el mercado, debido a que los proveedores bajan sus precios y mejoran la calidad de sus productos con el fin de ganar la preferencia de los consumidores, quienes tienen más y mejores opciones a su disposición. Por este motivo, la defensa de la libre competencia es una de las políticas públicas más importantes para el desarrollo económico de un país.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente 00018-2003-AI/TC, ha señalado que la libre competencia plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de tres requisitos:

- La autodeterminación de iniciativas o de acceso de agentes económicos al mercado.
- La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.), es decir, la libertad de actuación dentro del mercado.
- La igualdad de competidores ante la ley (la no discriminación).

Asimismo, en la libre competencia las actividades económicas tienen el mínimo de interferencias por parte del Estado, a fin de que los precios del mercado reflejen la demanda real que los consumidores le atribuyen. La Constitución precisa además que el Estado debe combatir toda práctica que limite la libre competencia y particularmente el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. De este modo, no puede establecerse ni autorizarse

monopolio alguno ni por ley ni por acuerdo, si se hiciera, sería inconstitucional y jurídicamente inválido¹⁸.

Sin embargo, los mercados no funcionan en absoluta competencia o competencia perfecta, pues las condiciones de un mercado perfecto no se presentan de forma concurrente y por completo en ningún mercado real. Los bienes ofertados se diferencian por calidades, marcas u otras características; el número de vendedores y compradores no es tan grande como para que sus transacciones no tengan impacto en las condiciones de oferta; la información disponible suele ser imperfecta, asimétrica o costosa; y los mercados suelen presentar distintos niveles de barreras de entrada y salida. Por ello, existen variadas circunstancias en las cuales las empresas sí se encuentran en capacidad de fijar las condiciones de venta de modo unilateral o conjuntamente entre ellas, sin que la competencia sea un elemento que discipline su comportamiento. En estas situaciones se señala que las empresas cuentan con un importante poder de mercado que les permite neutralizar o superar la posibilidad de competencia¹⁹.

La Constitución de 1993 comprendió adecuadamente el fenómeno. El monopolio no solo no está prohibido, sino que mientras que la posición de dominio en el mercado sea adquirida por la vía legal y legítima competencia, está tutelada y protegida por el Estado. En otras palabras, el monopolio legítimamente adquirido está protegido por la libertad de empresa. Lo que se prohíbe, del lado de las empresas, son dos conductas: el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia. Y del lado del Estado se prohíbe la creación o fomento de los llamados monopolios legales, que son los únicos prohibidos en el texto constitucional. Asimismo, habrá posición de dominio cuando una empresa puede actuar con independencia de sus competidores o clientes por factores tales como su participación de mercado, las condiciones de oferta y demanda, el acceso a insumos o a fuentes de financiamiento entre otras²⁰.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, cabe precisar que el monopolio o la posición de dominio generan una distorsión del proceso competitivo, toda vez que resulta altamente probable que el monopolio desarrolle conductas destinadas a expandir su posición de poder en

¹⁸ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Comentarios a la Constitución, Quinta Edición, Lima, Jurista Editores, 2009. p. 327.

¹⁹ INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos- Libre Competencia. Colección por el vigésimo aniversario de Indecopi, Primera Edición, Lima, Q & P. Impresores S.R.L., 2013. p. 15.

²⁰ Cfr. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. Comentario al artículo 61 de la Constitución Política del Perú. En Obra Colectiva. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II, Tercera Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2015. pp. 350-355.

otros mercados, eliminar la competencia existente o evitar la entrada de potenciales competidores. Asimismo, explotar a los consumidores, extrayendo de éstos rentas que no serían posibles en condiciones de competencia.

En este sentido, en la libre competencia, los operadores económicos podrán concurrir, realizando distintas ofertas de bienes y de servicios, respetando las normas antimonopolios. Es decir, no realizando prácticas económicas anticompetitivas y sin abusar de la posición de dominio, garantizando así la mayor eficiencia económica en el mercado y el beneficio tanto de los oferentes como de los demandantes de los bienes y servicios.

1.4. Intervención del estado en el mercado

El artículo 58 de la Constitución Política establece que el régimen económico del Perú es la economía social de mercado, entendida como la capacidad del Estado de garantizar la libre competencia en el mercado con el fin de orientar el desarrollo del país, mas no planificar ni intervenir en el libre juego de la oferta y la demanda.

Un modelo de economía social de mercado como el que ha adoptado nuestra Constitución excluye necesariamente al Estado de la participación directa en el mercado, reservándole un rol regulador y promotor. Una correcta lectura de nuestro texto constitucional, en principio, nos conduce a restringir la actividad empresarial del Estado, porque un Estado empresario difícilmente puede aspirar a ser un defensor de la libertad económica, pues al convertirse en un actor económico directo, necesariamente competirá-inevitablemente-con ventaja y atentará con el éxito de las empresas privadas²¹.

Si bien el Estado tiene la facultad de poder intervenir en el mercado, dicha actividad se encuentra limitada, debido a que el rol que pudiera desempeñar como agente económico tendría ciertas ventajas sobre las condiciones de desarrollo de las empresas privadas, pudiendo ocasionar la distorsión de la leal competencia. Por ello, no es que se prohíba la intervención del poder público en el mercado; sino que el rol que cumpla el Estado en la economía social de mercado debe ser subsidiario contribuyendo a garantizar la libertad de empresa.

La economía social de mercado, tal y como ha sido entendida, no permite identificar al mercado como un ámbito o esfera libre de toda influencia del poder público. Al contrario, como señala ENTRENA CUESTA, siguiendo a GARCÍA ECHEVARRÍA, la efectividad de

²¹ Cfr. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. Comentario al artículo 60 de la Constitución Política del Perú. En Obra Colectiva. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II, Tercera Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2015. p. 332.

la economía social de mercado no sólo es compatible con la actuación del Estado, sino que además exige una serie de actuaciones por parte de éste²²:

1. El Estado debe garantizar la capacidad de la competencia en el mercado para que funcione como mecanismo de control de los monopolios y oligopolios, evitando o reduciendo la concentración de poder en el mercado, ordenando, completando y fomentando la competencia. Un ejemplo de ello, es la intervención de la Comisión de la Libre Competencia del INDECOPI, que inició de oficio una investigación sobre la concertación de precios por parte de 15 empresas en el sector avícola, procedimiento a sancionar la afectación a los consumidores porque el pollo forma parte de la canasta básica familiar.
2. El Estado debe actuar en el proceso de distribución para corregir los resultados del mecanismo del mercado mediante una política de rentas y patrimonios. Un ejemplo de ello, son las políticas en materia tributaria que buscan consolidar los principios de suficiencia, eficiencia, equidad y simplicidad, en la aplicación del Sistema Tributario en el país.
3. El Estado debe actuar en el campo coyuntural con el fin de dar constancia a los procesos económicos. Por ejemplo, los beneficios que otorga el Estado a las micro y pequeñas empresas, brindándoles facilidades para su creación y formalización, dando políticas que impulsan el emprendimiento y la mejora de estas organizaciones empresariales.
4. El Estado interviene en actuaciones estructurales en las actividades que no puede acometer el sector privado por su riesgo indefinido o por su largo período de tiempo. Por ejemplo, las medidas del Estado para apoyar la producción de papa, con el fin de evitar la sobreoferta que ocasiona la disminución del precio del producto.
5. El Estado debe realizar una política social que asegure las prestaciones necesarias a los individuos cuyas necesidades no pueden satisfacerse vía mercado y con el fin de que el sistema social afirme la propia libertad individual. Por ejemplo, la implementación del programa QualiWarma del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social que brinda alimentación variada y nutritiva a niñas y niños de nivel de educación inicial y primaria en las escuelas públicas de todo el Perú.

²² El principio de la libertad de empresa, en F. GARRIDO FALLA (dir.), El modelo económico de la Constitución Española (2 vols.) vol.1, IEE, Madrid, 1981, pp. 103-165. Citado por: GARCÍA ALCORTA, José, La limitación de la libertad de empresa en la competencia, ATELIER-Libros Jurídicos, Barcelona, 2008, p. 62.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el rol tuitivo del Estado no puede extenderse de tal manera que regule precios, afectando así la libre competencia, aquello que, justamente, se intenta salvaguardar.

En efecto, el Estado no puede decidir qué, para quién, ni cómo producir. Son los agentes económicos quiénes determinan, en base a sus propias decisiones económicas, cómo deben asignarse los recursos existentes. La labor del Estado resulta, en consecuencia, de carácter subsidiario y se encuentra dirigida, básicamente, a evitar que se produzcan situaciones que atenten contra la propia dinámica del mercado. Dentro de este marco, en noviembre de 1992 se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- INDECOPI, para que actúe como un ente que garantice la salud del sistema económico, de manera que las reglas básicas de la competencia sean respetadas. Es decir, una institución encargada de velar por la promoción y defensa del libre mercado, que a través de la represión de prácticas monopólicas y la defensa del consumidor busca proteger la economía social de mercado.

En este contexto, la labor del INDECOPI se dirige antes que a sancionar, a procurar – por medio de incentivos correctos- corregir algunas fallas del mercado sólo cuando existe la convicción de que éste no puede solucionar el problema por sí solo. Estos incentivos deben manifestarse de la forma menos intervencionista posible, evitando que una intervención exagerada desmotive la inversión o perjudique a los consumidores²³.

De acuerdo a la normativa vigente, las funciones de INDECOPI son las siguientes:

- Evitar prácticas monopólicas y restrictivas de la libre competencia.
- Garantizar al consumidor información adecuada para asegurar sus derechos de elección.
- Evitar los actos de competencia desleal
- Evitar el desarrollo de prácticas desleales en el comercio internacional tales como el dumping o los subsidios.
- Reducir los costos de acceso y salida del mercado.
- Aprobar Normas Técnicas y Metrológicas.
- Proteger todas las formas de propiedad intelectual, desde los signos distintivos y los derechos de autor, hasta las patentes y la biotecnología.

²³ MINISTERIO DE JUSTICIA. Libre Competencia. Legislación y Jurisprudencia. Primera Edición Oficial, Trujillo, Editora Normas Legales S.A., 2003. p. 157.

1.4.1. *Principio de subsidiaridad*

Hoy en día, el Estado deja que los consumidores y las empresas decidan qué es mejor para ellos, asumiendo un rol subsidiario, dirigido sólo a corregir las fallas que pueda presentar el sistema de mercado, sin distorsionarlo ni sustituirlo. Pero, además, en los casos en que debe intervenir, utiliza un control *ex post*; es decir, no condiciona la entrada de productos y servicios al mercado. Sólo controla, luego de dicha entrada, que se cumplan con las reglas básicas del mercado y de la libre competencia²⁴.

En efecto, el artículo 60 de la Constitución establece que solo por ley expresa el Estado puede participar subsidiariamente en la actividad económica, de forma directa o indirecta; la cual, debe ser de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, es decir, de forma excepcional.

Mediante fundamento veintiuno de la Resolución 0278-2017/SDC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, se señala que la limitación de la intervención del Estado tiene como respaldo el modelo de Economía Social de Mercado recogido por la Constitución, que otorga una protección prevalente a las diversas libertades fundamentales de los individuos (tales como, la libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras), reconociendo que en la economía peruana rige la asignación libre de recursos a través de los mercados (y en particular, del sistema de precios), conservando el Estado sólo una función residual o subsidiaria. De esta forma, la iniciativa privada ejerce un rol protagónico en el mercado, mientras que al Estado se le asigna principalmente promover esta iniciativa.

La excepcionalidad de la subsidiariedad significa que la actividad del Estado, como agente del mercado, solo debe desarrollarse cuando no exista iniciativa privada capaz de atender determinada demanda. Aparentemente, la norma recogería la regla de que no es posible una economía social de mercado si el Estado desplaza a los particulares de este. Sin embargo, su definición de oferta suficiente es discutible, en la medida que se remite al número de empresas o al vínculo entre estas, omitiendo por completo su nivel de participación en el mercado que actúan²⁵.

No obstante, existe una corriente que sustenta la abstención absoluta de la intervención del Estado en el mercado, sustentando que los agentes económicos adoptan decisiones

²⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA. Libre Competencia. Legislación y Jurisprudencia. Primera Edición Oficial, Trujillo, Editora Normas Legales S.A., 2003. p. 158.

²⁵ Cfr. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. Comentario al artículo 60 de la Constitución Política del Perú. En Obra Colectiva. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II, Tercera Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2015. p. 341.

basadas en el libre juego de la oferta y la demanda. Sin embargo, la amplia libertad de los agentes económicos puede conllevar a las distorsiones o fallas en el mercado que hacen necesaria la intervención mínima del Estado.

“Por ello, el Tribunal Constitucional²⁶ ha sostenido que es una falacia propia de la ideología utilitarista señalar que la mejor regulación de la economía es la no regulación, a través del absoluto abstencionismo estatal frente al desenvolvimiento del mercado; debido a que pretende convertir al egoísmo en una virtud y a la solidaridad en un vicio. Es por ello que al Estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función estatal que ella cumple en la sociedad. Por tal razón, tendrá como deber intervenir en aquellas circunstancias en la que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de los medios de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado.”

“En este orden de ideas, DIEZ CANSECO y BULEJE DÍAZ²⁷ han consolidado los diversos argumentos que justifican al principio de subsidiariedad conforme a lo siguiente:

- La actividad económica o empresarial le correspondería, en principio, a los privados, pues el Estado se habría creado para cumplir determinadas funciones específicas que los privados no pueden realizar, entre las cuales no se encuentra la Actividad Empresarial.
- El Estado, al actuar como agente económico, desincentivaría el ejercicio de la libre iniciativa privada, pues el primero no se encontraría sujeto a los riesgos que asume el segundo (sobre todo en materia de inversión), generándose una situación de desigualdad. Asimismo, el desincentivo de la actividad privada supondría una afectación del mandato constitucional de, por el contrario, estimular la misma.
- La historia habría demostrado que el Estado no es un buen administrador de capital. Ello se explicaría en base al poco incentivo del Estado de hacer un uso eficiente del dinero.
- Relacionada al sustento anterior, también se señala que cuando el Estado realiza Actividad Empresarial, el dinero privado que constituye el erario público se desperdicia.
- Cuando el Estado realiza actividad empresarial, resulta que es árbitro y jugador de un partido denominado mercado y ello desincentiva el libre ejercicio de la iniciativa privada.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0008-2003, fundamento 42.

²⁷ Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución 3134-2010/SC1- INDECOPI. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 10, Lima, 2011.

En efecto, el fundamento de la intervención pública se sustenta en el caso que la iniciativa privada no estuviera presente, o que el mercado no pudiera satisfacer las necesidades esenciales de la población. De ocurrir alguna de estas situaciones o ambas, el Estado solo puede autorizarlo por Ley expresa, de este modo realizaría subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirectamente. Si la intervención del Estado no se fundamentara en lo anteriormente señalado, dicha actividad sería inconstitucional, porque el principio de subsidiariedad surge como una garantía de los particulares frente al Estado, a fin de asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de ámbito económico e impedir que el Estado realice actividades cuando ello no resulta indispensable.

“Conforme a este orden de ideas, la Sala de Defensa de la Competencia N° 01 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, ha establecido como precedente de observancia obligatoria la interpretación del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, en el que especifica los actos de competencia desleal que califican como violación de normas de desarrollo de actividad empresarial estatal:

- a. El principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa.
- b. Esta limitación se aplica a toda actuación estatal que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. No constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional, el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales.
- c. Para ser lícita, la actividad empresarial estatal debe, en primer lugar, contar con una “ley expresa” aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo. Asimismo, la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación.
- d. En segundo lugar, se debe analizar si la actividad empresarial cumple con ser subsidiaria, esto es, si satisface las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial.

- e. Como tercer requisito, la actividad empresarial del Estado debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La autoridad de competencia no puede discutir si la actividad empresarial satisface un objetivo de tal naturaleza. En tal sentido, se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito.

1.4.2. Distorsiones en el funcionamiento del mercado

El mercado tiene un correcto desenvolvimiento cuando el precio y la cantidad de bienes y servicios ofrecidos no se determinan por la decisión de un único comprador o vendedor, sino por todos los consumidores y proveedores que se interrelacionan en el desarrollo de una actividad económica. Sin embargo, los mercados de muchos bienes y servicios no siempre son perfectamente competitivos, sino que, en ciertas circunstancias, se produce distorsiones del mercado, como el monopolio, oligopolio, competencia monopolística, entre otras.

El jurista español HERMENEGILDO BAYLOS²⁸ afirma: "para que pueda decirse que un mercado se desarrolla en un régimen de competencia, es necesario que se den en él, en mayor o menor medida, tres circunstancias que bien podríamos llamar sus elementos competitivos, a saber: la formación autónoma de precios, la libertad de elección de los consumidores y la imposibilidad de que las empresas concurrentes basen exclusivamente en decisiones propias a su política industrial, comercial y de ventas".

En este sentido, la ausencia de un mercado competitivo, en el cual sus agentes económicos actúen con falta de lealtad, ocasionará distorsiones en el funcionamiento del mercado, que harán necesaria la intervención del Estado debido a que se afectará a los consumidores y, en ocasiones, a los mismos proveedores.

En efecto, se reconoce que existen fallas de mercado, las cuales están referidas a situaciones en las que el funcionamiento de los mercados no lleva a los niveles de eficiencia y asignación de recursos que predice el modelo de competencia perfecta. Si bien los fenómenos que pueden dar lugar a las fallas de mercado son múltiples, entre los principales se suele incluir a los siguientes²⁹:

²⁸ Tratado de Derecho Industrial, Madrid, Editorial Civitas, 1993. p. 222.

²⁹ Cfr. DAMMERT LIRA, Alfredo; GARCÍA CARPIO, Raúl y MOLINELLI ARISTONDO, Fiorella. Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico. Primera Edición, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2008. pp. 23-24.

- El poder de mercado que surge debido a la posibilidad de las empresas de influir en los precios, y que suele darse en mercados donde existen pocos agentes y, por lo tanto, un alto nivel de concentración industrial. En estos casos, con el fin de buscar un equilibrio se producirá una cantidad de bienes menor respecto a lo que debería producirse para maximizar el bienestar de la sociedad, siendo los precios mayores a los de competencia perfecta.
- La existencia de segmentos con características de monopolio natural, donde es económico que el servicio lo provea una sola empresa, y donde la competencia, en muchos casos, no es eficiente pues llevaría a la duplicación de costos.
- Las externalidades, que surgen cuando un agente, sin tomar en cuenta las consecuencias de sus actos, toma decisiones que pueden afectar el bienestar de otros agentes. Un ejemplo típico es la producción de una fábrica que contamina el río y reduce la pesca de los pobladores aguas abajo.
- Los bienes públicos, donde la rivalidad en el consumo es baja y la posibilidad de excluir de los beneficios (por medios físicos o legales) a terceros es relativamente remota. La baja rivalidad implica que el consumo por parte de un individuo no reduce la cantidad disponible para otros, mientras que la baja capacidad de exclusión implica que resultaría muy caro prohibir el consumo de un bien a otros individuos.
- Por último, en algunos mercados se suele generar información asimétrica, la cual se refiere a la situación donde uno de los agentes involucrados en la transacción tiene mayor información que el otro sobre la calidad del bien u otros aspectos, y aprovecha esta situación para su beneficio.

Asimismo, el correcto y normal funcionamiento del mercado, puede verse afectado a través del abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia. Además, se puede crear una distorsión cuando el Estado crea o fomenta los llamados monopolios legales, los cuales se encuentran prohibidos.

En este sentido, con el fin que el Estado garantice el correcto desenvolvimiento del mercado, es que implementa políticas legislativas en materia económica y social; las mismas que implican la determinación de acciones y la preceptuación de derechos y deberes destinados a la obtención del pleno empleo, la extensión del mercado, el fomento de la inversión, la distribución equitativa del ingreso, la prestación eficaz, eficiente y plenaria de los servicios sociales, el efectivo goce de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución y la verificación del principio de igualdad en los atinente a la elaboración y

aplicación de la ley; y, singularmente, en lo pertinente a la consolidación de la igualdad real de oportunidades³⁰

Entonces, si el sistema de mercado funciona de acuerdo a un conjunto de presupuestos básicos, el consumidor se encontrará adecuadamente protegido por sus propias decisiones, y sin necesidad de que el Estado intervenga estableciendo cláusulas contractuales. De este modo, para que un mercado funcione debe tener los siguientes requisitos³¹:

- Un número elevado de compradores y vendedores de manera que ninguno de ellos está en capacidad, por propia iniciativa, de afectar el precio y condiciones de comercialización de los productos.
- Que no existan barreras de entrada y de salida al mercado.
- Que todos los agentes que participan en el mercado gocen de información adecuada. Esto quiere decir que, tanto empresas como consumidores gocen de la información necesaria como para decidir qué es lo que conviene a sus intereses.

Por lo tanto, el rol del Estado en la economía social de mercado es necesario para garantizar la no afectación de los derechos constitucionales reconocidos a los agentes económicos. Sin embargo, si el Estado desea realizar una actividad económica debe hacerla solo de forma excepcional y subsidiaria para no afectar el correcto desenvolvimiento del Estado.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0018-2003-AI, fundamento 1. e).

³¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales, 2da. Edición, Lima, Palestra Editores, 2006. pp. 513-514.

Capítulo 2

Protección al consumidor en la relación de consumo

El comercio de bienes y servicios es parte de nuestra vida diaria, generándose continuamente, relaciones de consumo en las que el consumidor se encuentra, normalmente, en una situación de desventaja frente a los proveedores. Ello fundamenta la importancia del amparo de los derechos de los consumidores, con el fin de velar por la adquisición de productos o servicios en base a una información veraz, oportuna y relevante por parte del proveedor, que fundamente la verdadera libertad de elección de los consumidores.

2.1. Derecho del consumido como derecho humano

Los derechos humanos son las “...exigencias básicas del ser humano, en todos los tiempos, lugares y culturas, que se van concretando en el curso histórico en derechos públicos subjetivos, tanto individuales como sociales, que también tienen un punto en común al que todos se refieren, que es la necesidad de respetar la dignidad de la persona y de todos los valores que fluyen de esa dignidad que son básicamente, la libertad, la igualdad y la solidaridad”³².

Asimismo, los derechos humanos se pueden tratar como las herramientas necesarias para proteger los derechos inherentes al ser humano al “...definirse como las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte”³³.

Por ello, los derechos humanos son pactos universales de convivencia, basados en la preponderancia y respeto de la persona, ideados para responder al creciente poder del estado y del mercado. Al respecto, FERRAJOLI, desde una perspectiva filosófico-política, ofrece tres criterios para identificar los derechos humanos. “El primero de ellos está en los vínculos entre

³² RUIZ JIMÉNEZ, Joaquín. Aproximación epistemológica a los derechos humanos. Buenos Aires, Editorial Edit S.A., 1984, p. 7. Citado por ROSALES CASTRO, Jeffrey y ARCE VALVERDE, Lineth. Derechos del Consumidor como Derecho Humano de Tercera Generación, su Protección y Defensa en la Legislación Contenciosa Administrativa Costarricense. Tesis de Pregrado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2012, p. 33.

³³ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 21. Citado por: ROSALES CASTRO, Jeffrey y ARCE VALVERDE, Lineth. Derechos del Consumidor como Derecho Humano de Tercera Generación, su Protección y Defensa en la Legislación Contenciosa Administrativa Costarricense. Ob. Cit., p. 34.

estos derechos y la paz; es decir, que su respeto y garantía son condición necesaria para evitar la conflagración entre los hombres. El segundo es el nexo entre derechos e igualdad y el tercer criterio es el papel de los derechos humanos como leyes del más débil”³⁴.

Conforme a ello, los derechos del consumidor calzan con los tres criterios expuestos, en atención a que su protección permite alcanzar la paz social, a través del respeto a la igualdad en el mercado y, por último, el consumidor es la parte más débil frente al poder (acceso a la información) del proveedor en el mercado.

En este sentido, el derecho al consumidor es un derecho humano, toda vez que, la persona es un ser social por naturaleza, la cual necesita relacionarse con otros seres humanos para poder subsistir. Justamente, es el acto de consumo, el medio que utiliza la persona para satisfacer sus necesidades básicas. Siendo así, es indispensable el amparo de los derechos de los consumidores porque el ser humano es un ser social por naturaleza que se encuentra cotidianamente en diversas relaciones de consumo.

Nuestra Constitución, en su artículo 65, regula la protección y defensa del consumidor, cuyo contenido es el fundamento del llamado Derecho del Consumidor en el Perú. Se trata de una norma que busca atajar las asimetrías en el mercado y cuya aplicación debe convivir y armonizarse con las otras libertades económicas. De este modo, el consumidor es el eje de la actividad económica; por lo que, el Estado debe organizarse y diseñar políticas en función de la protección al consumidor. Asimismo, la actuación de los particulares, en especial de las empresas, debe realizarse con el fin que no se afecte los derechos de los consumidores³⁵.

El artículo antes mencionado garantiza tres derechos de los consumidores: i) derecho a la información; ii) derecho a la salud; y, iii) derecho a la seguridad. Estos derechos deben ser protegidos debido a que los consumidores se encuentran en una situación de desigualdad frente a los proveedores de bienes y servicios. Ello se refleja en la cantidad y calidad de información de la que disponen los consumidores dentro de la relación de consumo.

De este modo, los proveedores tienen una gran ventaja sobre los consumidores en cuanto a cantidad y calidad de información sobre la situación del mercado, los productos ofrecidos y las percepciones de los propios consumidores. La actuación de los proveedores en el mercado es de forma profesional, debido a que la actividad que realizan no es desarrollada de manera descuidada ni se encuentra librada al azar sino, más bien, es una actuación planificada conforme a las estrategias básicas de la mercadotecnia. Mientras que, la actuación

³⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Democracia y Garantismo. Trotta, Madrid, 2010, p. 43.

³⁵ Cfr. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. Comentario al artículo 65 de la Constitución Política del Perú. En Obra Colectiva. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II, Tercera Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2015. pp. 433-434.

de los consumidores en el mercado se encuentra basada en la información disponible que es brindada interesadamente por los proveedores a través del posicionamiento, de acuerdo al leal saber y entender de cada consumidor específico. Por ello, la actuación exigible a los consumidores no responde a un estándar profesional sino al que se esperaría de cualquier persona diligente³⁶.

En virtud a ello, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente 0008-2013-AI/TC, de fecha 11 de noviembre de 2003, plantea una interpretación del rol que cumple el principio de protección al consumidor contenido en nuestra Carta Magna, como un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. La regulación constitucional tiene la dimensión de un postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado en el desarrollo de la actividad económica, cuyo fin es la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. Además, la Constitución reconoce el poder de defensa de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o afectación efectiva de sus derechos, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

Para garantizar la protección de los derechos de los consumidores existen principios que regulan la relación entre consumidor y usuario con el proveedor; los cuales han sido analizados por el Tribunal Constitucional en el caso de Agua-PURA Rovic S.A.C en el expediente 03315-2004-AA/TC:

a) Principio pro consumidor

La protección del Estado se ejerce a favor de los consumidores y usuarios, debido a su condición de desventaja en las relaciones jurídicas con los proveedores.

b) Principio de proscripción del abuso del derecho

Mediante este principio se busca combatir toda forma de actividad comercial que surja de prácticas y modalidades contractuales perversas, las cuales afecten el legítimo interés de los consumidores y usuarios.

c) Principio de isonomía real

Hace referencia a que las relaciones comerciales deben realizarse en condiciones de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.

d) Principio restitutivo *in integrum*

El Estado debe salvaguardar al consumidor con el fin que se encuentre en una posición anterior a la afectación dentro de una relación comercial.

³⁶ Resolución 0422-2004/TDC-INDECOPI, expediente 535-2001-CPC, Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. p. 6.

e) Principio de transparencia

El Estado debe asegurar que los consumidores y usuarios puedan acceder a la información acerca de los productos y servicios que ofrecen los proveedores.

f) Principio de veracidad

El Estado busca que los proveedores acrediten la autenticidad, calidades, propiedades o características de los productos y servicios que brindan. Al respecto, la Resolución 1566-2006/TDC-INDECOPI analiza el mencionado principio.

g) Principio *in dubio pro consumidor*

En caso de duda insalvable sobre el sentido de las normas legales, los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado deben realizar una interpretación favorable para los derechos de los consumidores y usuarios.

La aplicación de estos principios, permite que dentro de una relación de consumo se proteja los derechos de los consumidores, quienes tienen una posición de desventaja frente al actuar profesional de los proveedores en la realización de la actividad económica.

Precisamente, con la libertad de comercio surge el derecho de los consumidores, debido a que se busca amparar la libertad de los comerciantes a través de la libre y leal competencia. Es por ello que, es importante definir qué personas cumplen con la condición de consumidor y proveedor dentro de una relación de consumo.

Al respecto, AMARAL JUNIOR señala que “la noción de consumidor se compone de dos elementos básicos: el primero, de carácter general refiere que consumidores son todos los que se someten al poder de los titulares de los medios de producción. De ese hecho resulta su posición de subordinación estructural en la economía capitalista, ya que la existencia del mercado de consumo depende de grandes aparatos publicitarios que crean los deseos y forjan las necesidades. Pero lo que realmente distingue al consumidor, constituyendo motivos de protección en el ordenamiento jurídico, es su no profesionalidad. Esto significa que el rasgo esencial que caracteriza al consumidor es la adquisición o utilización de los bienes para fines no profesionales”³⁷.

Efectivamente, el consumidor es la persona que dispone de la información que es ofrecida por los proveedores sobre los productos o servicios que se encuentran en el mercado. Es por ello, cómo se ha señalado *supra*, que se espera que el actuar del consumidor sea de forma diligente, en base a la información disponible en el mercado. Mientras que la actuación

³⁷ Protección al consumidor en el contrato de compra y venta, San Paulo, Revista dos Tribunais, 1993. p. 104. Citado por: JUAN RINNESSI, Antonio. Relación de Consumo y Derechos del Consumidor, Buenos Aires, ASTREA, 2006. p. 5.

del proveedor, se entiende que es profesional, debido a que se desarrolla en base a una actividad deseada y planificada.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el artículo IV del Título Preliminar, establece que “los consumidores son las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, productos o servicios materiales o 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 a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. Los microempresarios son considerados consumidores, según el Código de Protección y Defensa del Consumidor cuando evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio”.

De este modo, el citado cuerpo legal hace referencia a la noción de consumidor final, el cual debe ser entendido como la persona natural o jurídica, que no necesariamente adquiere el producto o servicio para uso personal, sino que puede haber sido adquirido para un uso colectivo, ya sea la familia o un grupo social inmediato. Además, también se considera como consumidor final al pequeño empresario cuando adquiere o utiliza bienes o servicios por las necesidades de su actividad empresarial, en ciertos casos específicos. Dichos casos se presentarán cuando el pequeño empresario se encuentre en una relación de consumo con un proveedor, en la cual no desaparezca la asimetría informativa por el bien o servicio ofrecido. Por ello, la protección se fundamenta en la situación de desigualdad en la que se encuentra el pequeño empresario frente al proveedor.

Es importante identificar si los elementos de una relación jurídica se encuentran comprendidos en una relación de consumo que esté dentro de los alcances normativos del Código de Protección y Defensa del Consumidor. En razón a ello, en una relación de consumo concurren tres elementos; un proveedor, un producto o servicio materia de una transacción comercial; y, un consumidor final.

“Respecto al primer elemento, el Código de Protección y Defensa del Consumidor define al proveedor como aquella persona natural o jurídica que fabrica, elabora, manipula, acondiciona, mezcla, envasa, almacena, prepara, expende o suministra bienes o presta servicios a los consumidores. Además, el citado cuerpo legal contiene una lista enunciativa de casos en los cuales podemos encontrarnos ante proveedores, que incluyen a los distribuidores, o comerciantes, productores o fabricantes, importadores y prestadores”.

En consecuencia, se puede advertir que quién ostenta la condición de proveedor, se encuentra desarrollando una actividad profesional dentro del mercado; por lo que, la protección al consumidor tiene amparo en la superación de la desigualdad existente entre el proveedor y este. En virtud a ello, es atentatorio otorgar la protección especial de la ley a quienes no califiquen como consumido.

2.2. El Derecho de los consumidores a elegir libremente

En Estados Unidos, en un contexto social en el que los proveedores vulneraban los derechos de los consumidores en las distintas relaciones de consumo que se celebraban, es que, un 15 de marzo de 1962, el presidente John F. Kennedy, dirigiéndose al Congreso de los Estados Unidos de América, señaló que “Ser consumidores, por definición nos incluye a todos. Somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas. Pero somos el único grupo económico importante que no está efectivamente organizado, cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados”. De este modo, el presidente buscaba que se protegiera los derechos de los consumidores, ya que todos finalmente terminamos siendo consumidores en las diversas relaciones de consumo que celebramos para satisfacer nuestras necesidades.

Con el discurso del presidente Kennedy se dio inicio a la protección de los derechos de los consumidores en los diferentes ordenamientos jurídicos, los cuales buscan tutelar el derecho a la seguridad, a la información, a la elección entre una variedad de productos y servicios a precios competitivos. En el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución de 1993, establece un régimen basado en la economía de mercado cuyas características son la libre competencia y la libertad de empresa. Dentro de este contexto, se busca amparar el derecho de los consumidores en el artículo 65, el cual señala lo siguiente:

Artículo 65.- Protección al consumidor 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.

De la lectura del artículo en mención, podría entenderse que los únicos derechos reconocidos al consumidor sería el derecho a la información, a la salud y a la seguridad. Sin embargo, de una interpretación concordada con el artículo 3º de dicho cuerpo normativo, se advierte que la lista de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no es taxativa, sino más bien enunciativa. En razón a ello, existen derechos de los consumidores que no se encuentren expresamente regulados en la Constitución pero que pueden encontrarse

señalados en otro cuerpo normativo. En el presente caso, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el artículo 1, regula derechos como la idoneidad, protección de los intereses económicos del consumidor, derecho a elegir libremente, etc., los cuales también son derechos humanos³⁸.

En el Perú, se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- INDECOPI-, a cuyo organismo se le asignó, entre sus funciones, la protección de los derechos de los consumidores, debido a que se le adscribe la responsabilidad del Decreto Legislativo 716, de 7 de noviembre de 1991, Ley de Protección al Consumidor, la misma que se erige como la primera verdadera ley peruana en materia de protección al consumidor. Esta fue complementada mediante la Ley 27311, de 17 de julio de 2000, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor y expresada en el Decreto Supremo 039-2000-ITINCI, de 11 de diciembre de 2000, el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor. Con posterioridad se promulga el Decreto Legislativo 1045, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, del 26 de junio de 2008, cuyo texto se consolidó el 30 de enero de 2009 mediante el Decreto Supremo 006-2009-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor³⁹. Posteriormente, mediante la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, de 1 de setiembre de 2010, se promulga el texto aprobado por el Congreso de la República el 14 de agosto de ese mismo año, la misma que ha sido objeto de diversas modificaciones.

Entre los derechos que reconoce el Código a los consumidores, se encuentra el derecho que tienen 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.

Como puede advertirse, este derecho garantiza que el consumidor, entre una diversidad de productos o servicios, se encuentre en la posibilidad de tomar una decisión de compra de acuerdo a sus necesidades. Para ello, debe estar debidamente informado sobre todo lo que garantice la idoneidad del producto o servicio que se pretende adquirir, permitiendo, de este modo, que el consumidor adopte una decisión libre e informada que satisfaga sus intereses y preferencias.

³⁸ Cfr. FUENTES VELIZ, Juan y SÁNCHEZ VELÁSQUEZ, David. Reflexiones en torno al derecho a elegir libremente entre productos y servicios: Un breve análisis casuístico. Revista Derecho & Sociedad, N° 47, octubre, 2016. pp. 283-293. Visto el 21 de marzo de 2019 en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/18891/19109>.

³⁹ CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, Segunda edición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 11. Visto el 13 de setiembre de 2020 en: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGO-CONSUMIDOR.pdf

En este sentido, el derecho a la libre elección se materializa en la capacidad que tiene el consumidor de poder elegir con quién contratar y sobre qué contratar. Este fundamento tiene su origen constitucional en el artículo 2, inciso 14, que consagra la libertad de contratar, la cual consta de dos elementos, según el Tribunal Constitucional: a) la autodeterminación para decidir celebrar el contrato, y b) la autodeterminación para decidir la materia objeto del contrato.

Al respecto, ANÍBAL TORRES⁴⁰ sostiene que en un orden económico abierto, competitivo y orientado hacia el libre comercio, las partes de un contrato tienen la libertad para elegir celebrar un contrato o no, además, son libre para determinar los términos o el contenido de la relación contractual. Por este principio, las partes tienen autonomía para negociar con quién celebrar un contrato y determinar su contenido. En este sentido, las partes pueden crear, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas, las mismas que no deben contravenir el orden social justo.

En este orden de ideas, el derecho a elegir permite que los consumidores con libre y plena voluntad puedan decidir qué producto o servicio desean adquirir y a quién se lo quieren adquirir. De este modo, el derecho a elegir se manifiesta en la libertad que tienen los consumidores de poder tomar una decisión en base a la información del producto o servicio que esperan adquirir, verificando el que mejor satisfaga sus intereses y necesidades, conforme a la calidad, precio, etc.

Como ningún derecho es absoluto, entre los límites del derecho a elegir libremente entre productos y servicios tenemos la disponibilidad de estos. Si bien, en el mercado se debe garantizar el acceso al consumidor a una gama de productos y servicios, ello no conlleva más que la diligencia del proveedor en ofrecer diversas opciones de estos a los consumidores; sin que implique realizar numerosos y complejos trámites ante el distribuidor y/o la administración pública, a fin de poder ofrecer tales productos y servicios, ni que constituya un perjuicio en la rentabilidad de la economía del proveedor. Asimismo, también puede darse el caso que, con relación a determinado producto y/o servicio no existan otras opciones disponibles en el mercado, por lo que no sería posible exigir por parte del consumidor que se le ofrezca variedad o gama para elegir⁴¹.

⁴⁰ CÓDIGO CIVIL. Comentarios y Jurisprudencia. Concordancia. Antecedentes. Sumillas. Legislación Complementaria e Índice Analítico. Sexta edición, TEMIS S.A., Lima, 2002. p. 768.

⁴¹ Cfr. FUENTES VELIZ, Juan y SÁNCHEZ VELÁSQUEZ, David. Delimitación del Derecho a Elegir Libremente entre Productos y Servicios. Revista Derecho & Sociedad, N° 49, octubre, 2017. pp. 297-319. Visto el 21 de marzo de 2019 en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19896>.

En este sentido, el derecho a elegir del consumidor se manifiesta a través de la decisión de realizar o no la adquisición de los bienes o servicios ofrecidos en el mercado. La posibilidad que tiene el consumidor de elegir entre celebrar una relación de consumo o no, dependerá si las diversas opciones de productos o servicios que se encuentran en el mercado logran o no satisfacer las expectativas de compra, o que, en su defecto, no existan suficientes opciones disponibles en el mercado. Dependiendo de ello, el consumidor ejercerá su libre elección.

2.3. El consumidor en la contratación masiva

Dentro del marco normativo, el Código Civil peruano de 1984⁴² ha enfrentado la producción en masa de bienes y servicios, a través de la incorporación, dentro de las normas relativas al consentimiento contractual, instituciones como el contrato por adhesión, las cláusulas generales de contratación, contratos de servicios esenciales y la oferta al público. Dicha regulación surge porque nos encontramos en un mundo cada vez más globalizado, mediante el cual las relaciones de consumo se convierten en el medio por el cual las personas satisfacen sus necesidades básicas. Para tal fin, los consumidores celebran diversos contratos, entre los cuales se encuentran aquellos en los que se puede negociar el contenido del mismo o aquellos en los que el proveedor ha dispuesto cláusulas generales a las que puede o no adherirse.

Ante la posibilidad que tiene el consumidor de adherirse a las mismas, o bien simplemente no celebrar el contrato, se crea una situación desventajosa, debido a que el consumidor no puede negociar sobre los términos del contrato para la adquisición de bienes o servicios, de los cuales muchos de ellos son esenciales; razón por la cual, el marco de protección jurídica brindado por la legislación civil y mercantil se torna insuficientes ante esta nueva realidad, lo que llevó al desarrollo y fortalecimiento del derecho del consumidor. El desarrollo de contratos con cláusulas generales ha permitido que los proveedores puedan estandarizar los productos o servicios que ofrecen en el mercado, pudiendo celebrar contratos en masa con los consumidores, bajo los mismos términos ante todos.

La creación de este fenómeno se ha originado por el creciente capitalismo, porque surge un cambio en las estructuras económicas y sociales, debido a la producción en masa de bienes y servicios. Al respecto, DÍEZ- PICAZO señala que este fenómeno genera un tráfico económico que busca satisfacer múltiples necesidades disminuyendo la capacidad de

⁴² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Libro VII: Fuentes de las Obligaciones; Sección Primera: Contratos en General; Título II sobre el Consentimiento, Palestra Editores, Lima, 2001. p. 482

negociación de una de las partes, pero reduce los costos excesivos de las transacciones⁴³. Por lo que, para que productores y adquirientes logren satisfacer sus necesidades e intereses, necesitan del contrato como un instrumento jurídico que brinde seguridad a sus relaciones.

En virtud a ello, para los proveedores, los contratos en masa les permiten reducir los costos en la celebración de los contratos y unificar el modo en que brindan los bienes o servicios. De este modo, la finalidad de este nuevo sistema de contratación consiste en agilizar el intercambio masivo de los bienes y servicios, reduciendo al máximo los costos de transacción de los contratos que se celebren y permitiendo que un número cada vez mayor de personas pueda acceder al consumo o utilización de los bienes y servicios. En consecuencia, la contratación masiva cumple con funciones de carácter jurídico, social y económico⁴⁴.

Cabe analizar que, ante la contratación masiva, se rompe con el paradigma de contrato que elaboró la doctrina tradicional, debido a que el contrato ya no es celebrado por la negociación de las partes contratantes. En razón a ello, en el campo de la contratación masiva, la libertad de contratar y la libertad contractual, se encuentran reducidas a su mínima expresión, o incluso anuladas.

En la comercialización de bienes y servicios de forma masiva, se utiliza los contratos por adhesión o las cláusulas generales de contratación, para agilizar el tráfico económico a través de la reducción de costos y disminución del tiempo en transacción. Respecto al contrato por adhesión, este coloca al consumidor ante la alternativa de aceptar o rechazar el contenido del contrato en su integridad, mientras que, en las cláusulas generales de contratación, son disposiciones generales que no tienen en cuenta una relación jurídica específica y que pueden excluirse en determinados casos particulares. Sin embargo, en ambos supuestos puede surgir la incorporación de cláusulas abusivas, que generen un desequilibrio en las contraprestaciones, o se atente contra la buena fe contractual y el orden público.

2.4. Sistema de control contra las cláusulas abusivas

Según SOTO “son cláusulas abusivas 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

⁴³ Cfr. Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado. (Dos Esbozos). Segunda edición, Editorial Civitas S.A., 1987. p. 42.

⁴⁴ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, El Contrato en una Economía de Mercado, Trujillo, Editorial Normas Legales S.A.C., 2004, p. 154.

adherente, trayendo como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato”⁴⁵.

Debido a ello, surge la necesidad de implementar mecanismos de tutela para el consumidor, para prevenir la existencia de cláusulas abusivas o de contrarrestar las ya existentes, en virtud a que, cotidianamente, se celebran contratos de consumo en los cuales existen cláusulas generales de contratación a las que el consumidor deberá adherirse o no. En dichas cláusulas se manifiesta la voluntad unilateral del proveedor; por lo que, al no existir una negociación con el consumidor, este se encuentra en una situación de desventaja, pudiendo causar graves perjuicios.

Por este motivo, es importante que un ordenamiento jurídico implemente y fortalezca un sistema de control contra cláusulas abusivas; el mismo que debe actuar en dos momentos: a) manera previa, antes que el contrato entre al tráfico económico; se vigila que en el contenido de los contratos de consumo a celebrarse por adhesión no contengan cláusulas abusivas, y b) manera posterior; cuando una vez celebrado el contrato se advierte la existencia de cláusulas abusivas, se busca dejarlas sin efecto a través de herramientas jurídicas.

Sobre la verificación previa de cláusulas abusivas, esta puede realizarse mediante un control administrativo y un control legislativo; mientras que a través de un control judicial se puede declarar la nulidad o la ineficacia de cláusulas generales aprobadas administrativamente que se considere que contienen cláusulas abusivas.

Al respecto, DE LA PUENTE manifiesta que el control administrativo permite que se acredite la idoneidad de las cláusulas generales de contratación para asegurar el buen tráfico económico de las masas, a través de la protección de los derechos de los proveedores y consumidores, en especial de estos últimos. Asimismo, al haber sido analizadas administrativamente las cláusulas generales de contratación pueden ser incorporadas automáticamente a las ofertas que se formulan en la relación de consumo⁴⁶.

Mientras que el control legislativo se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, estableciendo condiciones para su validez, así como las pautas que determinan la existencia o no de cláusulas abusivas, los medios de defensa contra dichas cláusulas y la sanción legal que corresponda.

⁴⁵ Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. En: Contratación Privada, Soto Coaguila, Carlos Alberto y Jiménez Vargas-Machuca, Roxana: coordinadores, Editorial Jurista, Lima, 2002, p. 237.

⁴⁶ Cfr. El Contrato en General, Tomo I, Lima, Palestra Editores, 2001. p. 746.

En referencia al control legislativo, el ordenamiento jurídico peruano establece en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en su artículo 49, que 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 perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos, dentro de una relación de consumo concretada mediante contratos por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Asimismo, en el artículo 50 se ha regulado una lista de cláusulas abusivas, las cuales son sancionadas con la ineficacia absoluta; por lo que, se le denomina la lista negra. Mientras que, en el artículo 51, se regula la lista gris de cláusulas abusivas, las cuales deben analizarse en cada caso en concreto para determinarse administrativamente o judicialmente el carácter abusivo; posteriormente se declarará la ineficacia relativa.

Sobre el control administrativo, el artículo 54 del Código de Protección y Defensa del Consumidor señala que son las entidades administrativas las competentes para aprobar las cláusulas generales de contratación que serán utilizadas en los futuros contratos de consumo. En el caso de la prestación de servicios públicos los órganos reguladores serán OSIPTEL, OSITRAN o SUNASS según corresponda. Asimismo, en el sector bancario, seguros y pensiones a través de la SBS.

Respecto al control judicial, se encuentra regulado en el artículo 54 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que permite el cuestionamiento judicial de las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente cuando se considere que puedan contener cláusulas abusivas. Es decir, es un mecanismo de protección posterior, mediante el cual el juez tiene la potestad de resolver una controversia de quien se considere agraviado con una o varias cláusulas abusivas, con el fin de que sean declaradas nulas o ineficaces, integrando el contenido contractual dañado; o en su defecto, el juez podrá declarar la ineficacia o la nulidad del contrato en su conjunto, cuando las cláusulas abusivas lo hayan afectado en su esencia.

2.5. Criterios de interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión y/o cláusulas generales de contratación

La adhesión no constituye un acuerdo sobre el contenido de las condiciones generales, porque el cumplimiento de los requisitos de incorporación no implica un conocimiento del mismo por parte del adherente y porque resulta impuesto, ya que no cabe como alternativa

razonable, como línea de principio, la no aceptación de una cláusula, pues ésta implicaría la renuncia al contrato en bloque⁴⁷.

De este modo, el predisponente puede actuar en contra de las exigencias de la buena fe, cuando aprovechándose de la capacidad de imponer el contenido del contrato, no tiene en consideración los intereses de la otra parte, o cuando se aprovecha del desconocimiento del adherente al contenido de las condiciones generales de la contratación, vulnerándose el derecho del consumidor a un trato leal y equitativo.

2.5.1. Interpretación pro consumidor

Como se ha señalado en líneas anteriores, el consumidor, en la relación de consumo, se encuentra en una situación de desventaja debido a su escasa experiencia en el mercado y al carácter no profesional del producto o servicio que desea adquirir. Por este motivo, siendo el consumidor la parte más débil de la relación contractual, es que debe realizarse una interpretación a su favor ante una cláusula abusiva.

Dicho propósito fue recogido en el artículo V.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor que establece: “En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor”.

En este orden de ideas, el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi, mediante la resolución número 0102-2008/TDC-Indecopi⁴⁸ señaló que, la protección a los consumidores se encuentra regulado en la Constitución, ello permite que se concrete una auténtica defensa de los intereses de los consumidores, a través de una interpretación de las normas en el sentido más favorable a este.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio pro consumidor es la base de toda relación de consumo. Sobre ello, en la sentencia recaída en el expediente número 018-2003-AI/TC, se estableció que el Estado cumple la función de defender el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras. Por ende, como afirma GUTIERRES CAMACHO⁴⁹, tal

⁴⁷ Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2004. p. 83.

⁴⁸ Resolución de fecha 23 de enero de 2008, recaída en el Exp. N° 189-2009/CPC.

⁴⁹ Cfr. Derecho del Consumo y Constitución: el contratante débil. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Número 65, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 101-114.

responsabilidad conlleva la aplicación del principio pro consumidor, generando así que en todo acto de creación, interpretación e integración normativa que se efectúe en nuestro ordenamiento, debe operar el criterio de estarse a lo más favorable al consumidor; es decir, a un especial deber de protección.

2.5.2. Principio de la Buena Fe

Como bien señala DE LA PUENTE, “la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil. Quizá por eso RIPERT, en su afán de encontrar en la regla moral el fundamento de la conducta humana, dice que la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo”⁵⁰.

De este modo, en el desarrollo de las relaciones jurídicas creadas por los contratos de consumo, los contratantes deben dirigir su comportamiento en base a la buena fe; es decir, deben actuar conforme a la lealtad y honestidad. Más aún, en los contratos celebrados por adhesión, con cláusulas generales, es importante que quien unilateralmente establece condiciones obre de buena fe, porque el consumidor estará en una situación de desventaja⁵¹.

Por tanto, no existe buena fe contractual en el contratante que, teniendo la ventaja de redactar unilateralmente el contenido del contrato, incorpora cláusulas abusivas en perjuicio del contratante que se adhiere. Al respecto, los artículos 168 y 1362 del Código Civil, señalan que los adherentes a contratos predispuestos estarían facultados para solicitar al juez la revisión del contrato, atendiendo a la falta de buena fe contractual por el predisponente. Por su parte, el juez o la autoridad competente podrá declarar nula o ineficaz la cláusula abusiva o resuelto el contrato si la relación contractual es notoriamente desequilibrada⁵².

⁵⁰ La fuerza de la buena fe. En “Instituciones de Derecho Privado” dirigido por ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto, “Instituciones de Derecho Privado- Contratación Contemporánea”, volumen 1, Bogotá, Editorial Temis y Palestra Editores, 2000. Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, El Contrato en una Economía de Mercado, Trujillo, Editorial Normas Legales S.A.C., 2004, p. 95.

⁵¹ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, Op. Cit., p. 181.

⁵² Idem, p. 97.

Capítulo 3

Libertad de empresa del cine vs derecho de elección de productos por el consumidor

3.1. El servicio de proyección de películas en las salas de cine

En el transcurso del tiempo, la industria del cine ha brindado el servicio de proyección de películas cinematográficas en sus salas de cine, cada vez con mayor comodidad para el consumidor, en atención a los cambios tecnológicos que han debido adaptarse al servicio ofrecido.

Las salas de cine se han ido transformado, desde pequeños espacios diseñados exclusivamente para la proyección de películas hasta salas confortables, seguras y cómodas para disfrutar del servicio. Como en todo negocio, se han ido implementando diferentes herramientas con el fin de obtener una mayor ganancia; más aún, si el servicio de proyección de películas se ha sostenido en el tiempo pese a la creación de diversos instrumentos que permiten que cada vez más los usuarios puedan observar películas desde un televisor, una laptop o de plataformas virtuales como Netflix.

Por este motivo, el empresario, en ejercicio de su derecho a la libertad de auto-organización empresarial, genera diferentes estrategias de negocios para conseguir una mayor atracción en el consumidor y, de este modo, el servicio ofrecido sea más consumido. Para lograr dicho objetivo, el empresario invierte y aplica diversas políticas al modelo de negocio, en atención a que mientras el consumidor se encuentra dentro del establecimiento del empresario, este se hace responsable de su seguridad, bienestar e integridad.

De acuerdo a ello, los cines han creado un modelo de negocio mediante el cual, dentro de su establecimiento existe un espacio destinado a la venta de alimentos; tales como, bebidas gaseosas, canchita y otras golosinas. Además, existe la boletería, en la cual, el consumidor realiza la adquisición de entradas para disfrutar del servicio de proyección de películas, y, por último, se encuentran las diversas salas de cine, para la prestación del servicio ofrecido. En este sentido, lo que se busca es que el consumidor, que adquiere el servicio de proyección de películas también se encuentre en la posibilidad de poder adquirir o no alimentos para disfrutar durante la proyección de la película. Dicha estrategia de negocio se implementa para la obtención de una mayor ganancia a través de la prestación de tres servicios; a) el espectáculo de la película, b) la publicidad en pantalla y el establecimiento y c) la venta en confitería de snaks.

En efecto, el negocio de las multisalas de cine no es sólo exhibir películas; sino que también venden alimentos para que sean consumidos durante su exhibición. La inversión inicial hecha por las empresas incluye la habilitación de un espacio dentro de la multisala para

la venta de alimentos, el diseño de las butacas para su consumo y la obtención de las patentes y autorizaciones sanitarias correspondientes. Así, la venta de alimentos se constituye como una fuente de ingresos relevante, que complementa los ingresos obtenidos con la exhibición de películas⁵³.

Las condiciones en las que el cine ofrece la venta de alimentos y bebidas a los consumidores, es a través de envases de polipapel. Dichos productos tienen un costo más elevado al ofrecido en el exterior; sin embargo, son productos que pueden ser ingresados a las salas de cine durante la proyección de la película. Además, Cineplex habilita las butacas de las salas de cine para que el consumidor goce de la comodidad de visualizar la película y consumir los productos ofrecidos por el cine.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que Cineplex es responsable de la seguridad e integridad del consumidor dentro de su establecimiento; más aún, dentro de las salas de cine donde se disfruta del servicio adquirido por el consumidor. Por ello, Cineplex toma las medidas de seguridad necesarias para prever cualquier acción que ponga en riesgo la integridad del consumidor. Conforme a ello, los productos ofrecidos por el cine, son de polipapel, un material que a diferencia del plástico o del vidrio, disminuye el nivel del riesgo que podría afectar al consumidor.

En virtud a lo expuesto, Cineplex ha creado un modelo de negocio que tiene como actividad principal la proyección de películas cinematográficas y como actividades secundarias, la venta de alimentos y el servicio de publicidad. Dichas actividades económicas, se ofrecen a través de estrategias comerciales que permitan generar una mayor ganancia para la empresa. De este modo, la prohibición del ingreso de alimentos no adquiridos en Cineplex a las salas de cine de su establecimiento, se encontraría justificada en la medida que es una empresa que presta el servicio de proyección de películas cinematográficas, pero también ofrece la venta de alimentos, los mismos que cumplen ciertas características propias del modelo de negocio implementado.

Tal es así, que cuando el consumidor adquiere la prestación del servicio de proyección de películas en las salas de cine de Cineplex, tiene el derecho a gozar de un ambiente limpio y seguro, además de la prestación del servicio de calidad. Conforme a ello, los alimentos que se ofrecen durante la proyección de película, cumplen ciertas condiciones para la seguridad del consumidor. Asimismo, Cineplex para ofrecer la venta de alimentos en las salas de cine

⁵³ Dictamen de la Comisión Preventiva Central de fecha 30 de junio de 2000. Fiscal Económico de la Región del Bío Bío, Chile. Información extraída de: <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/dictamenes/Dictamen%201125-2000.pdf>. Fecha de consulta: 13 de febrero de 2019.

también prevé gastos adicionales, como los que se derivan de la higiene y limpieza en el interior de los ambientes de su establecimiento.

En este sentido, se puede advertir que el negocio de las empresas de cine se ha ido transformando, desde los servicios que ofrecen a los consumidores hasta el diseño de los ambientes en el interior de sus establecimientos. Si bien, anteriormente se ofrecía solo el servicio de proyección de películas, y no había ninguna prohibición expresa al ingreso de alimentos, ello deviene en que el empresario no ofrecía el servicio de la venta de alimentos, ni mucho menos acondicionaba sus butacas y ambientes a la adquisición de dichos productos. De este modo, puede decirse que el modelo de negocio de las empresas de cine tiene ciertas particularidades propias de las estrategias comerciales creadas para el consumo de los servicios ofrecidos.

3.2. Análisis de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI: Derecho a la libertad de empresa en el modelo de negocio de los cines frente al derecho a elegir de los consumidores

El 07 de febrero de 2017, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (en adelante ASPEC) denunció a Cineplex S.A. (en adelante Cineplex) ante la Comisión de Protección al Consumidor por presuntas infracciones a la Ley 29571- Código de Protección y Defensa del Consumidor. Entre las presuntas infracciones, se encuentra la prohibición a los consumidores de ingresar a las salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento comercial, lo cual constituiría una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores.

Mediante Resolución 850-2017/CC2, del 26 de mayo de 2017, la Comisión declaró infundada la vulneración a los artículos 49.1, 50 inciso e); y 58.1 del Código, sobre la restricción de alimentos que no hubieran sido adquiridos en Cineplex, debido a que esta se encontraba justificada y, por tanto, no resultaba lesiva a la moral, la salud o seguridad pública, sino que se encontraba dentro del ámbito de la libertad de empresa.

Ante ello, el 27 de junio de 2017, Aspec apeló la Resolución 850-2017/CC2 señalando que la mencionada restricción de alimentos atentaría contra el derecho de los consumidores a la libre elección entre productos idóneos y de calidad que se ofrecían en el mercado. Mas aún, precisó que un modelo de negocio no podría estar por encima de los derechos de los consumidores, ni podría vulnerarlos.

En este sentido, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual emitió la Resolución 0219-

2018/SPC-INDECOPI, y declaró la nulidad parcial de la Resolución 1, del 23 de marzo de 2017, y la Resolución 850-2017/CC2, en el extremo que imputó la presunta infracción contra el artículo 58.1 del Código, toda vez que, la restricción de alimentos a las salas de cine se encuentra contemplada únicamente como infracción a los artículos 49.1 y 50 inciso e). Además, revocó la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Cineplex y, en consecuencia, declaró fundado el extremo sobre la vulneración a los artículos 49.1 y 50 inciso e) del Código.

La fundamentación de la resolución se sustentó en que la restricción de acceso de los consumidores a las salas de cine con productos no adquiridos dentro de las instalaciones de Cineplex, constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, que limita el derecho de libre elección de los consumidores. En este orden de ideas, cabe realizar la siguiente pregunta: ¿La restricción de alimentos a las salas de cine, adquiridos al exterior de Cineplex, constituye una vulneración al derecho a elegir de los consumidores; o es un derecho correspondiente a la libertad de empresa (auto-organización empresarial)?

Conforme a lo señalado en el párrafo anterior se realiza el siguiente análisis: es importante precisar que la relación de consumo entre la empresa Cineplex y los consumidores se realiza a través de la contratación masiva, la cual obedece indudablemente a las necesidades del tráfico masivo, es decir, de la prestación masiva del servicio de proyección de películas cinematográficas en las salas de cine. Dicha contratación masiva permite agilizar la actividad económica de forma adecuada, con rapidez y eficiencia, porque se realiza la celebración casi inmediata de innumerables contratos, evitando la existencia de costos excesivos en las transacciones.

En la prestación del servicio de proyección de películas se realiza la contratación masiva a través de los contratos de adhesión. Si bien existen múltiples ventajas, también es cierto que no existe la libertad de negociación, en la medida que el proveedor impone al consumidor una condición o cláusula no negociada; por lo que, el consumidor solo puede aceptar o rechazar el contenido del contrato en su integridad. En este sentido, se deberá verificar que dichas cláusulas generales de contratación no afecten los derechos e intereses de los consumidores y en el supuesto que se advierta una afectación al consumidor, éstas se denominarán cláusulas abusivas y podrán inaplicarse por ineficacia absoluta o relativa.

Conforme a ello, al amparo del artículo 49.1 del Código de Defensa del Consumidor se señala que en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideraran 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 una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos, teniendo en cuenta que para valorar una cláusula abusiva como tal, se requerirá tener presente la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, así como todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado y todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

Asimismo, según lo indicado por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, se consideró que para determinar el carácter abusivo de una cláusula debían concurrir los siguientes presupuestos: i) Falta de negociación sobre ella ii) Que sea verosímil suponer que en el mercado no hay alternativas distintas para los consumidores, es decir, que sobre el mismo producto o servicio o uno similar (sustituto razonable) no existe otro proveedor ofreciendo a los consumidores una cláusula diferente de aquella materia de cuestionamiento y iii) que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes, en perjuicio del consumidor⁵⁴.

Además, conforme al artículo 50 inciso e) se establece que son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta aquellas que excluyen o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores. En el presente caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual ha concluido que el consumidor tiene el derecho a elegir si adquiere productos en el interior o en el exterior del cine, los cuales podrán ser ingresados a las salas de cine de Cineplex sin ninguna prohibición más que, estos productos seas iguales y/o de similares características a los ofertados en el cine.

En efecto, los consumidores tienen el derecho a elegir, el cual se materializa en dos aspectos:

1. El derecho a elegir el servicio de proyección de películas en las salas de cine. En un primer momento, el consumidor goza de su derecho a la libre elección, debido a que se encuentra en la posibilidad de elegir si desea o no el servicio de proyección de películas y de ser el caso, en que cine disfrutará del servicio.
2. El derecho a elegir el producto que desea adquirir para disfrutar del servicio de proyección de películas en las salas de cine. En el momento que el consumidor eligió el proveedor del servicio de proyección de películas en las salas de cine, se encontró en la posibilidad de disfrutar del servicio adquirido. Sin embargo, puede surgir un nuevo aspecto del derecho a elegir del consumidor, cuando este desea adquirir productos para disfrutar del servicio de proyección de películas en el establecimiento del proveedor.

⁵⁴ Resolución 0078-2012/SC2-INDECOPI

En principio, si el Cine no presta el servicio de venta de productos para el consumo durante la proyección de la película; entonces, el consumidor gozará del servicio adquirido sin consumir ningún producto o en su defecto, podrá adquirir productos del exterior para ser consumidos en el establecimiento del proveedor, pero, para ello, necesitará que el ingreso de alimentos no se encuentre prohibido por el Cine o no se señale el pago de un costo adicional por el ingreso de los mismos.

De acuerdo a ello, cabe preguntarse si el consumidor tiene el derecho a consumir productos durante la proyección de películas. Partiendo de ello, se podrá analizar que si la respuesta es positiva a la interrogante planteada; entonces el consumidor tendrá derecho a elegir qué productos debe consumir durante la prestación del servicio de cine.

No existe fundamento normativo para poder señalar que el consumidor tiene derecho a consumir productos durante la proyección de películas, ni tampoco puede señalarse que tal hecho se encuentre afectando el derecho al alimento de la persona, debido a que el consumidor puede ingerir alimentos antes o después de la proyección de la película; con lo cual, no hay una afectación a la salud o a otro derecho si el consumidor no ingiere alimentos durante la proyección de la película. Por el contrario, la posibilidad que el consumidor pueda o no consumir productos dentro del establecimiento de la empresa de cine se encuentra relacionado con la organización del modelo de negocio del Cine, debido a que toda empresa establece las condiciones para la prestación del servicio, con el fin de generar mayores utilidades. En este sentido, actualmente los cines no solo ofrecen el servicio de proyección de películas en las salas de cine, sino que, a su vez, ofrecen la venta de productos que podrán ser consumidos en el exterior o en el interior de las salas de cine. Con lo cual sería sumamente razonable y legal que Cineplex, conforme a su estrategia de negocio, limite a los consumidores el ingreso a las salas de cine de productos que no hayan sido adquiridos en el interior de Cineplex.

Ahora bien, Cineplex de acuerdo a su ficha R.U.C. 20429683581 señala como actividad económica principal la exhibición de películas cinematográficas y cintas de video y como actividad secundaria la actividad de distribución de películas cinematográficas, videos y programas de televisión. Pero no se señala la venta de productos de comida como una actividad económica del cine. Sin embargo, de acuerdo a la realidad, se puede advertir que el modelo de negocio de Cineplex no solo es la exhibición y distribución de películas cinematográficas, sino que, dentro de sus fuentes de ingreso, está la venta de comida, la cual es realizada en el interior de los establecimientos de Cineplex.

En atención a ello, se podría determinar que, si bien los consumidores tienen la libertad de poder consumir productos durante la proyección de películas en las salas de cine de Cineplex, dicha facultad encuentra sus límites con el derecho a la libertad de empresa de Cineplex.

Sin embargo, existen también fundamentos que permiten analizar que el derecho a la libertad de empresa (auto-organización empresarial) tiene como límite la protección de los derechos de los consumidores. Y no por el contrario, que el derecho a elegir de los consumidores tiene como límite el derecho de libertad del modelo de negocio de la empresa. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, tanto el derecho a la libertad de empresa como el derecho de los consumidores, se encuentran regulados y amparados en la Constitución Política del Perú. Por lo que, de existir un conflicto entre ambos derechos, constitucionalmente protegidos, se debe realizar una ponderación entre ellos.

Según Alexy, los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí o entrar en colisión con bienes colectivos. Precisa que, en sentido estrecho, una colisión entre derechos fundamentales tiene lugar cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tiene una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular. Por lo que, cuando entra en colisión, lo cual sucede en el caso de que su aplicación conduzca a resultados incompatibles, debe utilizarse el principio de proporcionalidad para establecer entre ellas una relación de precedencia condicionada⁵⁵.

En las distintas resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, se puede advertir que el Supremo intérprete de la Constitución habla de “conflicto de derechos”, y de “conflicto entre bienes constitucionales”. Así, por ejemplo, señala que se debe “ponderar los diferentes derechos y bienes constitucionales en conflicto, y establecer, con carácter general, los principios y reglas conforme a los cuales se deberán resolver las controversias”⁵⁶.

El uso del test de ponderación es necesario cuando existe un conflicto entre principios. Sin embargo, para su uso, es necesario determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, porque, de este modo, se conocerá el contenido no esencial; el cual, si podrá ser restringido o limitado. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el contenido esencial “está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho

⁵⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. P.87

⁵⁶ Exp. 0858–2003-AA/TC, de 24 de marzo de 2004, f. j. 14.

subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad”⁵⁷.

En este orden de ideas, tal como lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional, ningún derecho fundamental puede considerarse ilimitado en su ejercicio, los derechos tienen límites, pudiendo ser éstos: límites intrínsecos o límites extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen directamente de la propia naturaleza y configuración del derecho en cuestión; los segundos, son aquellos que se deducen de la inserción de los derechos en el ordenamiento jurídico, y su fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales.

En este contexto, el test de ponderación resulta una herramienta útil para garantizar la preservación del contenido esencial de los derechos fundamentales ante un conflicto entre dos o más derechos. Toda vez que, el Tribunal Constitucional rechaza la jerarquía general y abstracta de derechos constitucionales para resolver los conflictos que surgen entre ellos. Lo que propone es “ponderar los diferentes derechos y bienes constitucionales en conflicto”, de modo que se pueda establecer –en buena cuenta– cuál de ellos debe prevalecer en el caso concreto. A esto se refiere el Tribunal Constitucional cuando afirma que “ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer de modo general y abstracto unos derechos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica”⁵⁸.

El Tribunal Constitucional realiza el análisis de proporcionalidad mediante los tres pasos progresivos de idoneidad del medio, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁵⁹.

Partiendo de un primer análisis, no habría conflicto de derechos constitucionalmente protegidos, si se parte de la premisa que el consumidor no tiene el derecho a ingerir alimentos durante la proyección de películas; por tanto, no tendría el derecho a elegir qué producto puede consumir durante la prestación del servicio. Sino que es una posibilidad que el consumidor ingiera alimentos a través de la compra del producto al mismo proveedor que presta el servicio de proyección de películas u a otro proveedor del exterior del cine; sin

⁵⁷ Exp. 01420-2009-PA/TC, de 23 de abril de 2010, f. j. 03

⁵⁸ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Conflictos entre derechos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Peruana de Jurisprudencia, N° 51, Repositorio Institucional de PIRHUA-Universidad de Piura. Visto el 01 de mayo de 2020 en https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1900/Conflictos_derechos_constitucionales_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁵⁹ Exp. 2235-2004-AA/TC del 18 febrero de 2005, f. j. 29 y 30.

embargo, dicha facultad dependerá del modelo de negocio ofrecido por el proveedor, para permitir o no el ingreso de productos que no le son adquiridos.

No obstante, un segundo análisis sería que si el proveedor del servicio de proyección de películas permite que los consumidores ingresen los productos que le son adquiridos para poder consumirlos dentro de las salas de cine; entonces, se verifica que el consumidor no puede ejercer su “libertad de decisión” porque para elegir debe tener a su alcance múltiples opciones; sin embargo, ello no ocurre. Por lo que, si el consumidor desea ingerir alimentos durante la proyección de películas, sólo podrá ingresar los productos a las salas de cine si son los ofrecidos por el proveedor; advirtiéndose de este modo que el consumidor no puede elegir entre diferentes opciones debido a que el modelo de negocio del cine se encuentra diseñado para que el proveedor ofrezca el servicio de proyección de películas y alimentos que pueden ser consumidos en el interior o exterior de sus salas de cine.

En virtud al segundo análisis, podríamos inferir que el consumidor sí ve afectado su derecho a elegir; sin embargo, dicha vulneración es debido al modelo de negocio que el cine ha creado. Por lo que, resulta razonable que una empresa diseñe su negocio con el fin de generar mayores ingresos económicos y si, en el presente caso, el cine no solo ofrece el servicio de proyección de películas, sino que también realiza la venta de alimentos, entonces existe un fundamento para limitar el derecho a elegir de los consumidores.

De este modo, ante una ponderación de dos derechos constitucionalmente protegidos que entran en conflicto, como es el derecho a elegir de los consumidores y el derecho a la libertad del modelo de negocio de la empresa, se advierte que al vulnerarse el derecho a elegir de los consumidores, la afectación es menor a la causada al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, debido a que, al permitir el ingreso de alimentos que no son adquiridos al proveedor del servicio de proyección de películas, se está modificando la organización del negocio creado por la empresa. Mientras que, si bien al consumidor se le está limitando el derecho a elegir que producto puede o no consumir durante la proyección de la película, dicha afectación no daña el contenido esencial del derecho fundamental, en razón a que, el consumidor si puede elegir dónde adquirir los alimentos, pero no puede consumirlos en el interior de las salas de cine, si dichos productos no adquiridos a la empresa.

En efecto, el derecho a la organización del modelo de negocio de la empresa permite que el proveedor diseñe el desarrollo de su actividad económica con el fin de un mayor ingreso económico. Por tanto, es razonable que se limite el derecho a elegir qué producto consumir durante la proyección de la película en el establecimiento del cine, cuando en el establecimiento se ofrecen productos para ser consumidos en el interior de las salas de cine.

3.3. Postura asumida por el Poder Judicial de Perú en el proceso seguido por Cineplex S.A. contra INDECOPI

La empresa Cineplex presentó una acción de amparo contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI, por afectación al Derecho a la Libertad de Empresa, a la Libre Iniciativa, a la Libre Competencia, a la Propiedad, al Debido Proceso, a la Igualdad ante la Ley; y solicitó que se deje sin efecto los puntos tercero, sexto, séptimo, octavo y noveno de la parte resolutive de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Indecopi.

A dicho proceso se le asignó el número de expediente 03635-2018-0-1801-JR-CI-11, el cual se resolvió a través de la sentencia recaída en la resolución número doce, de fecha 10 de octubre del 2018, que declaró infundado el proceso de amparo promovido por Cineplex S.A.

En el presente proceso se advirtió que el modelo de negocio de Cineplex S.A. se sostiene en un servicio que ofrece la proyección de películas en salas, sin embargo, al no ser una actividad muy rentable, se apoya de los ingresos generados por la publicidad proyectada en las salas de cine antes del inicio de la película, además de la venta de bocadillos y bebidas. Si el consumidor adquiere productos alimenticios de otro proveedor diferente al de la empresa del cine, entonces no los podrá ingresar a las salas de cine. En la resolución se analiza si la afectación de esta última restricción es una cláusula abusiva o si por el contrario es un derecho de Cineplex establecer la prohibición como parte de dicho esquema de negocio. Para tal fin se realizó el siguiente análisis:

- La prohibición de ingresar con productos adquiridos fuera del establecimiento, por sí misma no es el modelo de negocios. De este modo, la medida correctiva liberaliza el consumo de los productos, no prohíbe ni restringe el modelo, ni ninguno de sus rubros o elementos, no cambia su organización, puesto que tampoco la organización reside en la cláusula de prohibición y la medida que permite el ingreso de productos de fuera, no es compatible con la idea de exclusividad razonablemente aceptable cuando el rubro es único, cuando éste es el más significativo o cuando el elemento es intrínseco al negocio. Por tanto, no se ha prohibido el rubro sino la exclusividad de su venta.
- Si bien Cineplex S.A. señala que la medida correctiva generaría una reducción de sus ganancias, solo ha presentado encuestas. Sin embargo, para determinar una afectación del derecho de la empresa, tendría que asumirse que dicha cláusula es lícita, ética, que no

afecta a los derechos del consumidor o que en todo caso, tal afectación al usuario es de magnitud muy inferior a la afectación de sus propios derechos como empresa. En este sentido, Cineplex no ha fundamentado con suficiencia el perjuicio económico.

- Asimismo, si el sostenimiento del negocio se basa fundamentalmente en una cláusula de prohibición, pueden considerarse que, por un lado, resulta un negocio con poco soporte y que, de otro lado, no es saludable que un negocio haga descansar su subsistencia en la afectación de los derechos de su propio usuario, aunque esta fuese mínima.
- La actuación de Indecopi a través de la medida correctiva no es un acto arbitrario de intervención del Estado en la economía de las empresas, puesto que no se está generando una distorsión en lo que llama modelo de negocios propiamente, sino que se trata de una cláusula que razonablemente no se sostiene. De este modo, las regulaciones en una sociedad libre existen y las medidas correctivas son razonables en tanto no signifiquen una intervención que distorsione el funcionamiento económico o no pretenda dirigir las
- Es importante tener en consideración que los derechos de iniciativa privada, derecho de libre empresa y demás invocados, así como los derechos del consumidor tienen sus límites. Por lo que, se entienden los límites de unos, en el punto donde empiezan los derechos de los otros; pero del análisis doctrinario a veces se advierte que estos límites son grises, confusos y en muchos casos; en conflicto.
- La empresa Cineplex sostuvo que no existe tal afectación al derecho de elegir de los consumidores, debido a que este puede elegir entre ingresar a esta sala o a otra donde no haya esta restricción, o puede optar en no adquirir los productos. Sin perjuicio de ello, la judicatura considera que la medida correctiva viene a ser una ampliación de las libertades del usuario, pues, además, de las mencionadas por el empresario, puede ingresar a la sala con productos adquiridos fuera del establecimiento, lo que implica una más amplia gama de posibilidades y una significativa ampliación de sus libertades.

Finalmente, el análisis del Poder Judicial concluye que debe declararse infundado la acción de amparo presentada por la empresa de cine. No obstante, es importante precisar que en el razonamiento realizado por Indecopi y el Poder Judicial sobre la afectación al derecho a elegir de los consumidores, no se ha tenido en cuenta que el derecho a la libertad de organización del negocio, permite determinar de qué forma un proveedor diseña su estrategia de la oferta de bienes y servicios con el fin que le genere una mayor rentabilidad. De este modo, si bien la eliminación de la prohibición del ingreso de alimentos a las salas de cine no ha generado un considerable perjuicio económico a la empresa, no puede afirmarse que no se

ha vulnerado el contenido esencial del derecho. En virtud a que, todo el diseño del modelo del negocio se encuentra dirigido a generar una mayor rentabilidad y no puede analizarse cada servicio de forma separada. Por lo que, al permitir el ingreso de alimentos y/o bebidas al establecimiento de las salas del cine, ya constituye una afectación a su modelo de negocio de la empresa.



Conclusiones

- El derecho a la libertad de empresa se encuentra protegido en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú. Como todo derecho fundamental, su ejercicio no es absoluto; sin embargo, tiene un contenido esencial que no puede ser vulnerado. Al respecto, el derecho a la libertad de acceso al mercado, a la organización de la empresa y al cese de actividades forman parte del contenido constitucionalmente protegido.
- El artículo 65 de la Constitución Política del Perú regula la protección de los derechos a la información, a la salud y a la seguridad que gozan los consumidores. Sin embargo, no son los únicos derechos reconocidos, debido a que la lista de los derechos constitucionales es enunciativa, más no taxativa. De este modo, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece la defensa de otros derechos de los consumidores, como es el derecho a elegir.
- En una sociedad en la que el tráfico económico exige la producción masiva de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de los consumidores, han surgido diferentes herramientas contractuales que permiten la contratación en serie, tales como, los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, las mismas que permiten agilizar la contratación masiva, pero que también limitan la libertad contractual de las partes.
- La incorporación de cláusulas pre-redactadas en las relaciones de consumo, conlleva a que una de las partes se encuentra en una mejor posición, porque podrá decidir sobre el contenido del contrato. Es por ello que surgen las cláusulas abusivas, en atención a que el consumidor no interviene de forma absoluta o restrictiva en la negociación de los términos del contrato, pudiendo verse vulnerados los derechos de los consumidores. En razón a ello, existe un control administrativo, legislativo y judicial para determinar la ineficacia absoluta o relativa de las cláusulas abusivas.
- Cuando los derechos constitucionalmente protegidos entran en conflicto, no se puede determinar la preponderancia de unos sobre otros, porque eso implicaría decir que entre los derechos fundamentales existen unos más importantes que otros. En razón a ello, se debe realizar un test de proporcionalidad que determine la menor afectación del contenido esencial de los derechos que colisionan entre sí ante un determinado hecho.
- El modelo de negocio de los cines ofrece el servicio de proyección de películas en sus salas, la proyección de publicidad y la venta de alimentos y/o bebidas. Por este motivo, las empresas de cine no permiten que los consumidores ingresen a sus salas de cine

alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento comercial. Si bien la prohibición del ingreso de alimentos que no son comprados en el cine vulnera el derecho de los consumidores a elegir libremente los productos y servicios que desea consumir durante la proyección de la película, dicha afectación no vulnera el contenido esencial del derecho del consumidor. No obstante, si se permite el ingreso de productos a las salas de cine no adquiridos a la empresa, entonces se está afectando el derecho a la organización del negocio de la empresa, derecho que forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa.



Glosario

Cfr.	Confrontar
CPDC	Código de Protección y Defensa del Consumidor
E.I.R.L.	Empresa Individual de Responsabilidad Limitada
Ídem	Lo mismo
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
Ley N° 26887	Ley General de Sociedades
Ley N° 27809	Ley General del Sistema Concursal
Op. Cit.	Opere Citato
p.	Página
pp.	Páginas
RUC	Registro Único de Contribuyente
S.A.	Sociedad Anónima
S.A.C.	Sociedad Anónima Cerrada
S.R.L.	Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada
SUNAT	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.
TC	Tribunal Constitucional

Resoluciones

Expedientes del Tribunal Constitucional

Expediente 00018-2003-AI/TC

Expediente 0008-2013-AI/TC

Expediente 03315-2004-AA/TC

Expediente 0858-2003-AA/TC

Expediente 01420-2009-PA/TC

Resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Resolución 0278-2017/SDC-INDECOPI

Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI

Resolución 0422-2004/TDC-INDECOPI

Resolución 0102-2008/TDC-INDECOPI

Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI

Lista de referencias

- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- AMARAL JUNIOR, Alberto Do. Protección al consumidor en el contrato de compra y venta, San Paulo, Revista dos Tribunais, 1993. p. 104. Citado por: JUAN RINESSI, Antonio. Relación de Consumo y Derechos del Consumidor, Ciudad de Buenos Aires, Editorial ASTREA, 2006.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales, 2da. Edición, Lima, Palestra Editores, 2006.
- DAMMERT, Alfredo; GARCÍA CARPIO, Raúl y MOLINELLI, Fiorella. Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico. Primera Edición, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2008
- DÍEZ- PICAZO, Luis, Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado. (Dos esbozos). Segunda edición. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1987.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL. El Contrato en General, Tomo I, Lima, Palestra Editores, 2001.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. La fuerza de la buena fe. En “Instituciones de Derecho Privado” dirigido por ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto, “Instituciones de Derecho Privado- Contratación Contemporánea”, volumen 1, Bogotá, Editorial Temis y Palestra Editores, 2000. Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, El Contrato en una Economía de Mercado, Trujillo, Editorial Normas Legales S.A.C., 2004.
- FUENTES VELIZ, Juan y SÁNCHEZ VELÁSQUEZ, David. Delimitación del Derecho a Elegir Librementemente entre Productos y Servicios. Revista Derecho & Sociedad, N° 49, octubre, 2017. pp.297-319. Visto el 21 de marzo de 2019 en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19896>.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. Comentario al artículo 65 de la Constitución Política del Perú. En Obra Colectiva. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II, Tercera Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2015.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. Derecho del Consumo y Constitución: el contratante débil. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Número 65, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

- MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, El Contrato en una Economía de Mercado, Trujillo, Editorial Normas Legales S.A.C., 2004.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2004.
- RODRIGUEZ CHÁVEZ, Reyley Yulfo. Tutela del Consumidor contra cláusulas abusivas. Revista Oficial del Poder Judicial; Año 6-7, N° 9/2012-2013. P. 252. Visto en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/14aa100047544a6cbf37ff6da8fa37d8/13.+Rodr%C3%ADguez+Ch%C3%A1vez.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=14aa100047544a6cbf37ff6da8fa37d8>.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. En: Contratación Privada, Soto Coaguila, Carlos Alberto y Jiménez Vargas-Machuca, Roxana: coordinadores, Editorial Jurista, Lima, 2002.
- VICIANO PASTOR, Roberto. Libre competencia e intervención pública en la economía, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995. Citado por: BALDO KRESALJA, César. Derecho Constitucional Económico, Primera Edición, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009.

