



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
DECIMO PRIMER JUZGADO CONSTITUCIONAL  
Sub Especializado en Asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi  
Esquina de la Av. Colmena con Rufino Torrico - Cercado de Lima

---

EXPEDIENTE : 03635-2018-0-1801-JR-CI-11  
MATERIA : ACCION DE AMPARO  
JUEZ : RAMIREZ NINO DE GUZMAN, JORGE LUIS  
ESPECIALISTA : LOPEZ FARFAN, KATHERINE MAYBE  
APODERADO : APODERADO DE INDECOPI,  
LITIS CONSORTE : ASOCIACION PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS ASPEC,  
DEMANDADO : INDECOPI,  
DEMANDANTE : CINEPLEX S.A,

## SENTENCIA

### RESOLUCIÓN NÚMERO DOCE.

Lima, 10 de octubre del 2018.

#### VISTOS:

El proceso de amparo promovido por CINEPLEX SA, contra el **Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI**, con Intervención litisconsorcial de la **Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios ASPEC**.

#### Derechos invocados en la demanda:

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.

#### I. PARTE EXPOSITIVA

##### PRETENSIONES:

**Principal:** Se reponga las cosas al estado anterior a la vulneración y se deje sin efecto los puntos; tercero, sexto, séptimo, octavo y noveno de la parte resolutive de la **Resolución N° 0219-2018/SPC INDECOPI** del 02 de febrero de 2018, emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Indecopi.

#### FUNDAMENTOS DE HECHO:

- ✓ Nota previa. Expresa que el 02 de febrero de 2018, la demandada determinó que la restricción de que los consumidores puedan ingresar a la Sala de cine con alimentos o bebidas adquiridas fuera del establecimiento comercial constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos del consumidor y mediante decisión posterior precisó que el ingreso de



alimentos a las salas de cine se supeditarán a aquellos productos iguales y/o similares a los de Cineplanet ofrece en sus locales.

- ✓ Considera que dicha resolución es inconstitucional, afecta sus derechos fundamentales, al haberse sancionado por una infracción distinta a la que fue materia de impugnación, se admitió actuó y valoró pruebas en secreto, se vulneró el principio de tipicidad y se afectó a terceros no incorporados al procedimiento.
- ✓ La Resolución desconoce el modelo de negocios y afecta al margen de utilidad de la empresa cuyo ingreso principal es este rubro, colocándolos además en situación de desigualdad frente a la competencia, a quienes no se les ha afectado de la misma forma, todo lo cual genera un peligro a la subsistencia de la empresa pues de acuerdo a una encuestadora el 73% del público comprará sus alimentos fuera del local comercial.
- ✓ Consideran que es una medida populista e intervencionista, lo que resulta inconstitucional.

### **Hechos.**

- ✓ El 07 de febrero de 2017, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – Aspec, interpuso una denuncia contra Cineplex por supuesta infracción al Código de protección y defensa del consumidor, (en adelante; El Código), solicitando que las restricciones fuesen declaradas ilegales y supuestamente abusivas, se imponga una sanción y se disponga costas, costos y multa, y se le asigne un porcentaje de la multa.
- ✓ El 23 de marzo de 2017, se imputó a esta empresa la infracción de los artículos 47 inciso b), 48 inciso c) y 57 del Código, al haber puesto a disposición del usuario productos a precios elevados, al haber restringido el acceso a las salas de cine con cualquier producto alimenticio que el usuario no hubiere adquirido en el establecimiento.
- ✓ A los artículos 18, 19 y 40 del Código, al no haberse sustentado las restricciones señaladas y los artículos 1.1 inciso f; 18 y 19 de la misma ley al no contar con productos saludables.
- ✓ Por Resolución N° 850-2017/CC2 la Comisión de Protección al consumidor declaró Infundada la denuncia de Aspec, sin embargo, ante la apelación, por Resolución N° 219-2018SPC/INDECOPI LA Sala de Defensa del Consumidor; Revocó la resolución parcialmente, determinando que la restricción denunciada constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos del consumidor, ordenando que en el plazo de diez días se abstenga de aplicarla.
- ✓ Con Resolución N° 467-2018/SPC-INDECOPI precisó que el ingreso de alimentos se supeditarán a aquellos productos iguales y/o similares a los que la empresa ofrece.
- ✓ Indecopi declaró luego la improcedencia de una solicitud de Nulidad interpuesta, por afectación de sus derechos fundamentales con Resolución 468-2018 SPC/INDECOPI por lo que recurren a esta vía.
- ✓ Expresa que se ha afectado también al derecho de defensa al haberse actuado y valorado como medio probatorio el RUC de la empresa sin que haya sido materia de debate durante el proceso.
- ✓ En adelante se sustenta las razones jurídicas por las que se habría afectado sus derechos fundamentales.



## **CONTESTACION DE DEMANDA. Asociación Peruana De Consumidores y Usuarios ASPEC.**

- ✓ Efectivamente Aspec denunció a la demandante ante Indecopi, razón por la que esta entidad la sancionó con una amonestación, dispuso se retiraran los letreros de prohibición.
- ✓ Efectivamente, el Código de protección y defensa del consumidor establece los derechos de los consumidores, particularmente contra las cláusulas abusivas. Se define como cláusulas abusivas cuando éstas ponen al consumidor en su perjuicio en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.
- ✓ Señala que Cineplex, dice que los consumidores pueden elegir libremente ingresar a sus salas de cine, escoger la película, pero lo que no pueden elegir es qué alimentos pueden ingerir durante la película, porque solo se puede comprar lo que la empresa decida y al precio que ella también decida, lo que considera que significa anular el derecho de elegir, no obstante que cuando los consumidores van al cine, están pagando por una película, y no entrando a un restaurante.
- ✓ El artículo 50 del citado código establece que es cláusula abusiva la que limite los derechos legales reconocidos a los consumidores. El artículo 52, dispone la inaplicación de las cláusulas abusivas en tanto anula el derecho de los consumidores.
- ✓ No es la primera vez que Indecopi declara que una práctica empresarial es abusiva e ilegal, por más que las empresas aleguen que eso forme parte de su modelo o estrategia de negocios pues no pueden hacer negocios a costa de sacrificar y violentar los derechos de los consumidores.
- ✓ Los demandantes, sabiendo que es costumbre o uso el comer algo mientras se presencia la película, han considerado a este consumidor como cautivo, para venderle únicamente lo que ellos expenden, esto es que se les deja comer siempre y cuando consuman lo que ellos venden.
- ✓ Consideran que los espectadores están pagando para ver una película no para que se le obligue a consumir solo lo que ellos venden, como si se tratara de un restaurante. El consumidor puede ir al cine y no consumir nada, lo demás es completamente accesorio, la venta de alimentos y golosinas es un servicio complementario o accesorio y el régimen de exclusividad nunca lo fue hasta que llegó esta cadena al país.
- ✓ La prohibición de ingerir alimentos dentro de la sala, salvo que estos sean adquiridos dentro de ella, a los precios y condiciones que ellos establezcan, es una violación de los derechos del consumidor porque es una cláusula abusiva, que lo pone en situación de desventaja, que anula su derecho de elección de snack, por el motivo que fuese; gusto, precio o salud.
- ✓ Considera que se afecta a la salud, pues quienes no quieren comer comida chatarra, se ven afectados por esta cláusula pues se les prohíbe consumir otros productos, por ser adquiridos fuera de su establecimiento.
- ✓ La demandada pudo haber recurrido al proceso contencioso administrativo, sin embargo, recurre a la vía constitucional. Ello supone que ese está afectando su libertad porque gran parte de los consumidores ya no les comprarán sus productos, lo cual lograrán solo privándolos de su libertad y su derecho de elegir, lo que resulta abusivo.
- ✓ Se pregunta esta parte, porqué el Estado tendría que proteger las ganancias de la empresa en perjuicio de los derechos y la libertad de elegir del consumidor. Que, la empresa debería



esforzarse es mejorar su oferta pues no es posible que solo mediante un mercado cautivo pueda lograrlo.

- ✓ Sobre el libre mercado, el Tribunal Constitucional ha señalado que existen principios como el principio pro consumidor, la proscripción del abuso del derecho, el de isonomía real, el principio de *indubio pro consumidor*, así como que en caso de colisión entre la libre competencia y la protección del consumidor, donde la perspectiva del consumidor no debe ser minimizada ni ignorada.
- ✓ La demandante sostiene que nadie, ni el ni autoridad alguna puede intervenir en sus actividades comerciales, pues la iniciativa privada es irrestricta, olvidan sin embargo que el derecho de propiedad tiene sus límites, que al igual que en el Perú, en otros países, se ha regulado este tema, como en Brasil, sin que su cuestionamiento haya llegado a las instancias judiciales. La empresa debe entender que se les tiene que respetar a los consumidores y ese es el papel de Indecopi. La prohibición del demandante, no se trata de una prohibición general, a fin de que nadie consuma alimentos en la sala de cine, sino que, se trata de una restricción de que consuma solo lo que ellos venden, en las condiciones que ellos lo hacen.
- ✓ Indecopi no ha creado un derecho nuevo para los consumidores, pues siempre existió y fue arrebatado por algunas cadenas de cine, por lo que con la decisión de Indecopi se han recuperado estos derechos.
- ✓ Cineplex pretende que en el Código se hubiese establecido el tipo sancionable de manera textual, cuando está claro que el dinamismo comercial haría imposible describir todas las prácticas abusivas que pueden generarse. El derecho se construye sobre determinados supuestos generales, por lo que no es preciso que para cada caso se modifique la ley, por lo que consideran que la resolución de Indecopi está debidamente motivada.
- ✓ El RUC fue presentado por la propia denunciada, por lo que no es un documento secreto, es el documento que demuestra que el rubro principal es el cine. Afirma que el giro principal de la empresa es el espectáculo de cine. Las personas ingresan a ver el cine y pueden no consumir alimentos. No tiene sentido de que las personas ingresen solo a comer y no a ver la película, por consecuencia, el giro principal es el cine.
- ✓ Cuando se dio la Resolución, la demandada lanzó una alarma apocalíptica, sin embargo, meses después las salas de cine no han quebrado y se siguen comprando sus snacks y seguramente algunos llevan productos de fuera. Si disminuyen sus ventas, no pueden recurrir a la ayuda del Estado, ni por mecanismos de fuerza, deben buscar sus estrategias de venta. Ese además no es problema del Estado ni de los consumidores.
- ✓ Se ha sancionado este tipo de prácticas, en el Brasil, España, Bolivia Argentina y Cinemark, (otra de las empresas sancionadas), en concreto, ha sido sancionada en Brasil, donde se la considera como una venta atada y las salas funcionan en dicho país, bajo esa regulación desde hace die años sin que haya fracasado económicamente.
- ✓ Del mismo modo, la autoridad de la materia en Castilla La Mancha, sustenta que dicha práctica limita la decisión del consumidor de acceder al servicio principal en función de prestaciones accesorias no solicitadas previamente, se produce un desequilibrio en las prestaciones y se limita el derecho del consumidor al imponer servicios no solicitados sin negociación individual.



### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA. Apoderado de Indecopi:**

- ✓ El apoderado se apersona y deduce excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante. La excepción fue desestimada con Resolución Seis de autos. Asimismo dedujo nulidad del auto admisorio de la demanda, la misma que igualmente fue declarada infundada.
- ✓ Considera que la demanda es improcedente pues no se cumplen con los requisitos y estándares que corresponden al proceso de amparo, siendo que en todo caso, debió tramitarse en la vía del proceso contencioso administrativo.
- ✓ En cuanto al fondo sustenta que son antecedentes de este caso, el que ASPEC denunció ante Indecopi que; i) Cineplex puso a disposición del público productos cuyos precios superaban en cinco veces el precio real; ii) los productos debían ser obligatoriamente comprados en sus establecimientos, restringiendo la alternativa de comprarlos fuera con menor precio y calidad; iii) No había sustento o explicación de la restricción en sus carteles y iv) no ponía productos saludables, tales como frutas, entre otros. Ante ello la Comisión emitió la Resolución N° 849-2017/CC2 de 26 de mayo de 2017, declarando Infundada la denuncia.
- ✓ La Sala Especializada en Protección al Consumidor de Indecopi revocó dicha decisión y declaró fundada la denuncia al haberse acreditado que se trataba de una cláusula abusiva.
- ✓ Considera que debe ser declarada Improcedente la demanda en tanto existen otras vías procedimentales para el derecho que se reclama, en la vía contencioso administrativa.
- ✓ Considera asimismo que no se ha afectado al contenido constitucionalmente protegido de los derechos reclamados por Cineplex.
- ✓ En caso se hubiese vulnerado algún derecho, se ha superado el test de proporcionalidad con la restricción dictada mediante la Resolución impugnada. Asimismo, el demandante no acredita el perjuicio o lesión en su desmedro de sus intereses que le habilite una vía urgente, solo se sustenta en una encuesta.
- ✓ No se ha vulnerado el derecho a la libertad de empresa, libre iniciativa privada y competencia de la demandante. El Tribunal Constitucional, ha señalado que el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa comprende la libertad de fundación, y acceso al mercado, la libertad de organización, la libertad de dirección y la libertad de salida del mercado, los mismos que considera que no se ha vulnerado.
- ✓ Señala que esta empresa imponía una cláusula abusiva a los consumidores, siendo que la ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promoverla eficiencia económica en los mercados para bienestar de los consumidores, según el D. Legislativo 1034. Considera que tampoco se ah vulnerado el derecho de propiedad de la demandante, no se ha restringido y debe ejercerse en armonía con el interés común y dentro de los límites establecidos por al ley, de acuerdo a la Constitución. En el caso de la medida correctiva, señala que la infracción fue sancionada porque se excedía de los límites de su derecho de propiedad.
- ✓ La administración sancionó con normas claramente tipificadas en la norma sancionadora, la misma que además fue imputada desde el inicio de la investigación en la primera instancia administrativa.



- ✓ La administración no actuó ni valoró pruebas en secreto, pues se trata de un documento público y que de otro lado bajo el principio de verdad material, la administración está en al facultad de actuar medios probatorios aún cuando no hayan sido aportadas por las partes.
- ✓ Tampoco se vulneró el derecho a un debido proceso ni el principio de interdicción de la arbitrariedad, así como el derecho a la igualdad de las personas, siendo que la infracción imputada está claramente tipificada en el artículo 49 del Código del Consumidor. No se afectó el derecho a la igualdad en tanto Indecopi no aplicó normas distintas a otras empresas de cine, siendo que se tramitó una denuncia de Aspec, entidad que denunció simultáneamente a Cinemark que también fue sancionada, siendo que las sanciones no podían recaer en otras empresa en tanto no fueron denunciadas lo que no contradice norma alguna.
- ✓ Finalmente sostiene que las medidas dispuestas por Indecopi superan el test de proporcionalidad del Tribunal Constitucional, siendo que el derecho de protección del interés de los consumidores y usuarios constituye un bien que se contrapone con una cláusula abusiva antes descrita, considerando que los derechos a la libertad de elección y pluralidad de oferta del usuario, deben primar sobre los intereses económicos individuales de la empresa.

## **II. PARTE CONSIDERATIVA:**

### **Procedencia.**

1. Adicionalmente a lo expuesto en la excepción deducida, sobre las cuestiones de procedencia de la demanda, Indecopi como parte de sus fundamentos y Aspec, a su turno, han cuestionado que se haya admitido la demanda en esta vía, pudiendo haberse planteado en la vía del Proceso Contencioso Administrativo. Sustentan su cuestionamiento expresando que dicha vía es igualmente idónea, no hay una situación de irreparabilidad y cumple con los criterios señalados para tal efecto, ha señalado el Tribunal Constitucional y que además la cuestión controvertida, no sería en realidad un asunto de carácter constitucional, argumentos que se reseñan líneas atrás y que serán analizadas en adelante.
2. Al admitirse la demanda se consideró que, la invocación de la demandante en relación a los derechos de libre iniciativa privada, libertad de empresa y debida motivación de las resoluciones administrativas, podían admitirse en esta vía, bajo el argumento de que la medida impuesta por Indecopi, afectaba un modelo de negocios, que por libre iniciativa había desarrollado la demandante, considerando además que, la afectación económica pudiera ser tangible, lo que a su vez sustentaba la afectación de otros derechos conexos, denunciando en ese contexto la excesiva intervención del Estado, pretendiendo intervenir allí donde las leyes de la oferta y la demanda, la libertad de elegir de la empresa y los consumidores, era un juego sano y mejor ambiente para el desarrollo económico y que de otro lado, la demandada había emitido una Resolución Administrativa cuya intención sería la de proteger los derechos del consumidor, restringidos por una prohibición que afecta a la libertad, la dignidad y a otros derechos que también la empresa invoca, como el derecho de



elegir, la libre oferta y demanda y la economía del consumidor, elementos que también invocó la denunciante Aspec.

3. El conjunto de estos derechos fundamentales invocados hacen que la judicatura considere, para sustentar que, aún llegado el estado de sentenciarse persisten causales y materia de derechos fundamentales, tanto de la persona jurídica como la de los derechos difusos de los usuarios, es decir de derechos protegidos en la Constitución y en otras norma de los derechos fundamentales, sobre los que es preciso un pronunciamiento de la judicatura constitucional, con base a lo señalado por el Tribunal Constitucional: **EXP. N.º 0008-2003-AI/Tribunal Constitucional**. Fundamento 2.3

*“Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía. En efecto, así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia. Norberto Bobbio precisa que “(...) por debajo de la “no libertad”, como sujeción al poder del príncipe, hay una “no libertad” más profunda [...] y más difícilmente extirpable: la “no libertad” como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno (...)”. (Citado por Pedro de Vega en: Neoliberalismo y Estado. En: Pensamiento Constitucional. Año. N.º IV. N.º 4, 1997, pág. 34). Por ello, no sólo es saludable, sino imprescindible, consolidar al más alto nivel jurídico y político las reglas macro que procuren una economía orientada hacia un Estado social y democrático de derecho”.*

4. Una Resolución administrativa, es pasible de impugnación en la vía del proceso contencioso administrativo, considerando además que todo juez, resuelve teniendo en cuenta en principio los derechos constitucionales y que dada la carga procesal de los juzgados constitucionales, es posible que la judicatura ordinaria, en muchos casos pueda emitir una respuesta incluso más oportuna; sin embargo, debe observarse que, existiendo elementos de debate para ambos argumentos, debe aplicarse el criterio *pro actione*, o de favorecimiento de la acción en esta vía a fin de abrir el debate constitucional de temas sensibles a la sociedad y al derecho constitucional; razones por las que esta judicatura se reafirma que, la presente causa tiene elementos a debatirse bajo esta competencia y esta vía, criterio que mantenemos en este acto.

#### **Debido procedimiento administrativo.**

5. Consideran que se ha afectado al debido procedimiento administrativo al: a) Adolecer de insuficiente motivación la Resolución impugnada, b) Haberse afectado al principio de tipicidad pues se invoca una infracción que no se denunciado no se investigó y por tanto no pudo defenderse la denunciada. Señala además que el artículo invocado no corresponde a los hechos que se le estarían tipificando c) se actuaron y valoraron pruebas secretas sobre las que no hubo debate probatorio, sin consulta alguna y sin corrérsele traslado.





6. Analizando la Resolución de Sala de Indecopi, tenemos que existe una imputación clara y concreta de parte de la denunciante Aspec, sobre varias normas presuntamente afectadas, de las descripciones de hechos y conductas que considera típicas y de sus pretensiones, según se describe también en la contestación de la demanda de este proceso, esto es que Cineplex, al imponer una cláusula que impide a los usuarios el ingreso con alimentos adquiridos fuera del establecimiento comercial, estaría generando un abuso en cuanto a los precios, pues vende hasta a cinco veces más de lo que se puede conseguir fuera, que, es posible encontrar mejor calidad también fuera y que no permite el ingreso con alimentos que puede considerarse comida saludable.
  
7. De ellas, Indecopi en primera instancia desestimó la denuncia y en la Sala Especializada en Protección al Consumidor, confirma en parte y revocando algunos puntos; considera afectados algunos derechos del consumidor al tipificarse infracción de los artículos 49.1, 50 inciso e) del Código, al haberse acreditado la restricción consistente en la prohibición los consumidores de ingresar a las salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento comercial, aplicada por la denunciada, considerándola como una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores. Declara la nulidad parcial de la resolución 1 del 23 de marzo de 2017 y la Resolución 850-2017/CC2 en los extremos en que imputó y se pronunció respectivamente sobre la presunta falta de Cineplex SA por no haber sustentado el mismo extremo de la prohibición, para finalmente confirmar la denuncia sobre los artículos 1.1 inciso f), 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, considerando que el hecho que ponga a disposición determinados tipos de alimentos no afectan a las normas invocadas y Sanciona con amonestación, empero, excluye de su resolución a las Salas Premium, al considerar la preponderancia del servicio de expendio de alimentos en ellas..
  
8. En la Resolución impugnada se tiene que, en el numeral 70 describe: *“... que tal restricción obliga a los consumidores a aceptar la condición establecida por el proveedor de adquirir los productos en el interior de sus cines, si desea ingresar con estos. Cabe señalar que dicha situación se agrava si se tiene en cuenta que, en algunos supuestos, la calidad...”*  
En Numeral 72 dice *“...Dicha infracción no nace con la efectiva consumación de la prohibición a través de productos al interior del cine sino desde el momento en que la prohibición es informada a los consumidores por parte del proveedor, limitándose con ello el derecho de elección de los consumidores, ...”*  
En el Numeral 77 se tipifica *“... la restricción consistente en la prohibición de ingresar a las salas de cine con productos alimenticios adquiridos fuera del establecimiento comercial de la denunciada, constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que se encuentra establecida en el inciso e) del artículo 50 del Código”*.  
En el numeral 79 desestima la defensa de Cineplex, sobre el modelo de negocios: *“... si bien Cineplex ha indicado que su actividad económica no solo se circunscribiría a la*





*proyección de obras cinematográficas, sino también al expendio de productos comestibles como acompañamiento de la actividad principal por lo que era lógica la restricción en cuestión; de la revisión de su ficha RUC (20429683581) a la fecha se aprecia que este tiene como actividad económica principal, “actividades de exhibición de películas de distribución y cintas de video y como actividad secundaria “actividades de distribución de películas cinematográficas, videos y programas de televisión no apreciándose que tenga una actividad referida a venta de productos alimenticios...”*

9. De lo transcrito, podemos decir que, existe en el texto de la resolución impugnada, una explicación, clara (aunque sucinta) de los hechos imputados, consistente en la cláusula de prohibición, la adecuación al tipo, es decir la base normativa en la que encuadra la imputación que asume de la denuncia, precisando los artículos del código, previamente invocados y una explicación de porqué desestima el argumento de defensa de la denunciada, al considerar que cuando menos formalmente, no tiene una actividad habilitada para los alimentos como actividad principal, lo que se evidencia del RUC, por lo que considera, a la venta de alimentos, una actividad de complemento, fundamento y medio probatorio que analizamos más adelante.

10. Recurrimos al Tribunal Constitucional para el tema de la motivación. Así, en STC EXP. N. 0 00728-2008-PHC/TC dice:

*d) La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.*

Estableciéndose que tanto en sede judicial como en sede administrativa, existe la obligación de justificar las resoluciones, se debe considerar que no es necesaria una extensa explicación de la decisión, sino que esta sea entendible, lógica, que responda a cada una de las pretensiones, sea que las asuma o las desestime y precise aquellas que la determinan a tomar la decisión concreta. Así en el presente caso, además de los fundamentos sobre la jurisprudencia internacional referida y de otros argumentos expuestos, debe considerarse que lo central de la decisión está en los párrafos glosados, por lo que no es posible considerar una insuficiencia de fundamentación.

11. Del mismo modo respecto del artículo 50, inc e), en concreto, debe observarse que su texto hace una primera enunciación genérica: **“Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores;** para luego ejemplificar casos más concretos; *como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación,* lo que implica que se trata de una cláusula abierta que no puede limitarse a su propio texto, máxime cuando en su parte final, dice, **“entre otros”**. De



donde solo se puede colegir que debe buscarse en la propia norma o en el razonamiento lógico los casos concretos que deben ubicarse como conductas típicas, lo que en este caso, ha hecho la Sala de Indecopi, esto es, concordar de manera sistemática las normas en las que encuadra la conducta infractora. De este modo, tampoco es posible acoger los fundamentos de la demanda en este extremo.

12. Se tiene asimismo que la demandante considera que, en el aspecto del debido proceso, se ha afectado sus derechos al tipificar los artículos 1.1.f concordado con el artículo 50, inciso e del Código, siendo que las conductas y las normas no fueron denunciadas por Aspec, no fueron imputadas formalmente para hacer uso de su derecho de defensa y sin embargo, se les sancionó con ellas, precisando además que no consideran idónea la tipificación imputada respecto del tipo sancionatorio determinado.
13. Debe tenerse presente que, la administración, (al igual que el juez), está en la obligación de determinar el tipo de infracción correspondiente aún cuando el denunciante no lo señale o lo señale erróneamente. Que, la Resolución de primera instancia de Indecopi, (Resolución N°01, del Exp. 148-2017/CC2) en el numera 4, tercer párrafo expresa: “ *por consiguiente corresponde calificar los hechos materia de denuncia como la presunta infracción de los artículos 49°.1; 50 inciso e) y 58°.1 del código*; que en su oportunidad desestima la denuncia, pues la declara Infundada, sin embargo, enuncia este tipo legal desde la primera instancia. Así, se tramitó el procedimiento administrativo incluyendo estos tipos de infracción, desde la calificación, asimismo, en el punto II de la Resolución de la Secretaría Técnica, numeral iv, se tiene la concordancia del artículo 1.1 inciso f, 18, 19 del Código. Vale decir que, no es posible admitir el fundamento de la demandante en el sentido de que no conociera desde un principio las normas que presuntamente habría infringido y que se le imputaban, como tal no puede alegar afectación de su derecho a la defensa desde este punto de vista.
14. Respecto del medio probatorio, consistente en el RUC de la empresa, debe tenerse presente que, del texto de la Resolución N°01 - 148 de la Comisión, (fs 13), se tiene que en el punto *TERCERO: Requerir a Cineplex SA para que cumpla con: (...) (iii) señalar su número de Registro Único de contribuyente (RUC)*, de donde se colige que dicho instrumento, es parte del expediente administrativo, como tal habría estaba dentro de sus facultades observarla, no solo como formalidad procedimental, sino como medio probatorio, para todo efecto.
15. En este punto, la judicatura considera que más que una afectación al derecho de valoración de esta prueba, habría que discutir su pertinencia. Esto es que, si en efecto, sirve para acreditar que la empresa tiene como rubro único el espectáculo de cine, pues no se incluye tampoco la publicidad. La formalidad tributaria sirve para efectos tributarios. Formalmente un hotel que atiende turistas, puede aplicar el criterio de exportación con fines tributarios, pese a que produce, vende y se consume el producto dentro del país, sin embargo, si el consumidor es turista, la ley hace una ficción para considerar esa venta como exportación.



Debe considerarse así que el tomar la declaración tributaria que significa el Ruc, como medio de prueba para acreditar el rubro de sus ventas, no es del todo pertinente. Vale decir que no se trata de una prueba ilegal, que no haya sido ofrecido por las partes, que haya requerido un debate probatorio, que se haya afectado un derecho del denunciado, o que la afectación sea relevante, sino que es un criterio insuficiente por falta de pertinencia para concluir sobre el tema en debate. La confitería si es un rubro del negocio de la denunciada (ahora demandante), y no se estaría discutiendo esta causa si no lo fuera; puede significar incluso el rubro de mayor ganancia, sin embargo, lo que se discute, no es que sea o no parte del negocio, sino que el elemento central es la *cláusula de prohibición*, con la que se pretende unir este rubro. La cláusula no está en el RUC.

### **Modelo de negocios.**

16. Es preciso tener presente este concepto antes de entrar al análisis de los derechos fundamentales relacionados con la libertad económica, invocados por ambas partes y realizar el test de proporcionalidad y razonabilidad, también referido por ambas partes, así como la relación y contexto de cada uno de ellos, es necesario tener presente que la demandante ha fundamentado su demanda, en un elemento extrajurídico, pero señalando que dicho elemento, se sustenta en derechos que el modelo económico que sustenta la Constitución para nuestro Estado, lo sostienen. Esta construcción conceptual, de carácter económico la denominan, *Modelo de Negocios*. Para dicho efecto tomaremos una caracterización que hemos encontrado como generalmente aceptada. Se puede definir un modelo de negocios como “*un conjunto complejo de rutinas interdependientes que se descubren, ajustan y matizan mediante la acción*”<sup>1</sup>. El término más importante dentro de esta definición está dado por la palabra *interdependientes*, según refieren otros autores, y consideramos que para el presente caso, tiene pertinencia, pues existen fundamentos teóricos, conceptuales y económicos para ello.
  
17. La demandante, ha sostenido así que, el modelo de negocios que ellos practican es uno en el que se presentan tres productos; i) El espectáculo de la película, ii) La publicidad en pantalla y el establecimiento y iii) la venta en confitería de bocadillos, (snaks) y bebidas. Señalan asimismo que estos tres productos son un todo y aún cuando no han usado la palabra *interdependientes*, debe entenderse que lo sustentan en tanto expresan que sus economías empresariales, se sostienen de forma conjunta en los tres productos, siendo que en el caso concreto de los bocadillos y bebidas, implican un importante porcentaje de sus ingresos, que asimismo, sirve de sostenimiento de su modelo de negocios, pues la restricción de este rubro, implicaría una seria afectación del precio de los otros productos y del modelo en su conjunto, vale decir, que el negocio del cine por sí solo no es sostenible, si se le separa de los otros dos elementos o rubros. Debe entenderse asimismo que, la venta

---

<sup>1</sup> Barrios, Marcelo. MODELO DE NEGOCIO Abril 2010. En: [http://marktur.travel/uploads/secciones\\_contenido/62/62-1323280539.pdf](http://marktur.travel/uploads/secciones_contenido/62/62-1323280539.pdf)



de los bocadillos y bebidas no sería tampoco sostenible si no se tiene al público que atrae la película, el mismo que, una vez ingresado, observará, necesariamente la publicidad ante sus ojos, debiendo entender que en este último, el usuario de la sala es parte de la mercancía que el cine ofrece a quien paga por la publicidad.

18. No debe olvidarse que, la litisconsorte Aspec, señala que estas cadenas de cines, son las que le han sustraído el derecho de elegir a los consumidores, entre los productos adquiridos dentro y fuera del negocio, pues antes de ellas, existía esta posibilidad. Al respecto, es preciso tener presente que, antiguamente, el negocio del cine era diferente, que en efecto, no existía esta prohibición que, también el denominado esquema de negocios era distinto, puesto que muchos años atrás, el cine era presentado en grandes establecimientos de una o dos salas. Este modelo entró en crisis con el avance tecnológico del alquiler de películas para la casa, (que también languideció rápidamente por la televisión y las presentaciones del film en otros soportes, (discos legales y copias ilegales). Así, se presentaron nuevos modelos, las Salas 3D y los multicines que, en algún momento, cerraron la entrada a los productos adquiridos fuera del establecimiento, tema central de esta causa. De ello, tenemos entonces que, el modelo o esquema de negocios, ha variado en el tiempo, que puede seguir variando, tanto por acción del mercado, la tecnología, como también por la intervención del Estado, (por medio de tributos, exoneraciones, prohibiciones o medidas correctivas, como en este caso), o hasta las costumbres cambiantes del usuario.
19. Los modelos de negocios, además de evolucionar, también coexisten o que varían de un país a otro, que en algunas circunstancias o mercados tiene más o menos éxito, de acuerdo a las más diversas variables. Que además interactúan, cada uno de los elementos que lo compone, tomando menor o mayor importancia unos respecto de otros. Se observa así que, en el mundo, donde se habla de una crisis del actual modelo de negocios, se proponen nuevos esquemas, priorizando el sistema de ventas, la oferta (interdependiente, atada o agregada), con otros productos, Etc. Así, el fenómeno Netflix, es considerado por algunos, como un elemento perturbador del modelo, ante lo que un ejecutivo de esta empresa inició una propuesta que considera tener mayor sostenibilidad, se trata de una variante en su sistema de ventas y explotando un nuevo elemento que hasta ahora no había sido visto. Su esquema es que la venta de las entradas es principalmente por internet y en forma de abonos, de tal modo que, por diez dólares, el consumidor tiene derecho a ver las veces que quiera las películas que le interese. La idea es que, aún cuando hipotéticamente el usuario pudiera ir todos los días, las personas, con el tiempo, van dos o tres veces al mes, por razones de tiempo y otros factores y, considerando la sobreoferta de butacas, no habría gran perjuicio para las salas, pero que aparece un mayor negocio; la *minería de datos*, puesto que al anotarse, participar en una *aplicación* electrónica para conectarse a su abono, el usuario, estaría brindando una gran magnitud de datos a empresas interesadas en estos datos, (gustos, edad, críticas, frecuencia de consumo, encuestas en línea, etc.), que en el



mercado tienen un precio, (aparentemente alto). Vale decir que esta información o *minería de datos*, resulta ser un nuevo producto que surge del sistema de ventas<sup>2</sup>.

20. En otra latitud, en España concretamente, las Salas de cine completan con un sistema más parecido al Modelo Premium que tienen en el Perú, pero más intenso, pues ofrecen un *Catering* de una carta amplia de comidas, al punto que consideran que se trata de una experiencia distinta a la de ir solo a una sala de cine, en cuyo caso, la exhibición de la película ya es solo un pretexto para salir a comer.
21. Indecopi y Aspec, han sustentado por el contrario que lo que la empresa considera, esquema o modelo de negocios, es en realidad una *venta atada*, calificación que se le ha dado también en el Brasil, puesto que se les impone a consumir con exclusividad, sus productos a los consumidores, prohibiendo el ingreso de productos adquiridos fuera del establecimiento, agregando además que el precio de estos productos, es excesivo, (hasta cinco veces superior a sus similares, fuera del establecimiento), que la oferta de productos no incluye frutas u otros productos que los consumidores quisieran con criterios de *comida sana*. Indecopi señala además que, no se está prohibiendo la venta de sus productos, sino que se está liberando la posibilidad que el consumidor elija entre los que se expende dentro y fuera del establecimiento.
22. De lo señalado surge entonces que, el centro de la controversia está en que, de un lado se concibe que el modelo de negocios, incluye los tres productos y necesariamente, con la restricción de los adquiridos fuera del local, entendiéndose que la restricción solo alcanza a los bocadillos y bebidas, pues por la naturaleza del negocio, no es necesario prohibir o restringir la película y la publicidad. Así las demandadas, más que un modelo de negocios, observan que se trata de un negocio con rubros complementarios. Que, el negocio principal es el cine; los *snaks* son complementarios, como la publicidad. No está en esta causa la aclaración hecha en Resolución N° 467-2018 de Indecopi, en la que consideran que la variante de Salas Prime, que sí sería un modelo de negocios diferente o que no ha sido materia de la denuncia e investigación como tal, que como tal, no estaría comprendida en la Resolución materia de la medida correctiva, por lo que tampoco es materia de esta Resolución de forma directa.
23. Indecopi ha recogido para sí, el fundamento de Aspec, en el sentido de que no se trata de un modelo de negocios diferente, que siempre existieron salas de cine que pasaban publicidad y vendían “canchita”, y solo con la llegada de dos cadenas, se le sustrajo al público usuario,

---

<sup>2</sup> <https://www.xataka.com/cine-y-tv/ir-al-cine-diariamente-por-10-dolares-al-mes-la-loca-idea-del-cofundador-de-netflix-para-rescatar-las-salas-de-cine>



la libertad de adquirir los bocadillos dentro o fuera del cine, obligándolo a consumir solo su producto.

24. Esta judicatura, considerando los criterios y conceptos sobre el denominado modelo de negocios y al margen de si se trata de un nuevo modelo, de la reinención de éste o de tres rubros de negocios en un mismo local, debe analizar si, asumiendo que, el planteado como modelo de negocios es un sistema en el cual se ofrece la proyección de películas en salas para dicho fin, que incluye la publicidad y la venta de bocadillos y bebidas y, con exclusión de estos últimos si no son adquiridos dentro del establecimiento, es decir de la misma empresa; si dicho modelo, contiene por esta última restricción, una cláusula abusiva, o si por el contrario es un derecho de la demandante establecer la prohibición como parte de dicho esquema de negocios, determinándose en ambos casos la afectación del usuario o de la empresa. Para tal efecto nos preguntamos:

**¿La prohibición de adquirir productos fuera del establecimiento es un elemento esencial del modelo de negocio?**

25. Se observa que para sustentar su posición la demandante señala que; a) al ser un modelo de negocios, no es razonable que se ingresen productos similares de fuera del establecimiento, para aprovechar de sus servicios, como no es razonable, que alguien ingrese con su comida a un restaurante o con su propio licor a un bar o discoteca y b) que el ingreso, así compuesto hace sostenible al negocio en su conjunto, pues los ingresos de los snacks, generan utilidades directas al negocio, que a su vez permiten un precio más competitivo en la exhibición de la película, que de otro modo tendría que costar más y que de otro manera, lo haría tan insostenible que tendría que cerrar. Ante la primera cuestión, las codemandadas señalan que el negocio principal es el cine y que el condicionamiento constituye una cláusula abusiva. Aspec añade que el negocio siempre existió sin la prohibición, que además tendría el derecho, el usuario, de ingresar con alimentos distintos como frutas u otro tipo de sándwiches, extremo último que fue desestimado por Indecopi en su Resolución final.
26. En cuanto a la analogía con otro tipo de negocios, donde resulta lógico no permitir el ingreso de productos similares, el dato histórico, igualmente hace discutible el argumento, pues si antes existieron salas de cine (y aún ahora existen) que permitían el ingreso de productos de la competencia, sin que modifique el esquema o haya generado su quiebra, ello hace trivial el argumento. Sobre lo segundo, debe observarse que solo puede analizarse sobre una información económica más precisa y casuística, esto es que se debe acreditar con claridad el perjuicio económico que implicaría el liberar tal prohibición. En tal caso, más que una cuestión jurídica es un tema de análisis económico. Esta judicatura analizó este extremo en el presente caso, sin embargo, considera que la información que existe no persuade del gran perjuicio económico que fundamenta.



27. Debe precisarse que, la demandante ha presentado sus estados de cuenta y otros documentos contables; empero estos sirven para establecer el grado de incidencia económica que históricamente habría significado el rubro de confitería, el mismo que evidentemente podría variar, pero no precisamente el grado de incidencia de la medida correctiva, pues existen varios elementos que no permiten aún tener una certeza del volumen de su incidencia económica, (que consideran que es la forma en que se traduce la afectación jurídica); así, se tiene que; a) el tiempo de aplicación de la medida correctiva, aún es corto, b) No se ha presentado informes sobre experiencias extranjeras con más larga data y c) Influyen en este periodo otros elementos, como variaciones temporales, baja de taquilla y la propia variación de la economía nacional, que eventualmente podría reducir el consumo de bienes suntuarios como la confitería y el propio cine.

28. Se tiene, de la información pública por ejemplo que en una publicación bajo el título: “Cineplanet: Bajo desempeño de películas afecta ingresos del segundo trimestre”, del diario el comercio del 07/08/2018, se informa:

*“Durante el segundo trimestre del año —periodo que se vio impactado por la llamada 'ley Canchita' (una resolución de Indecopi que permite que los usuarios ingresen a las salas de cine con sus golosinas y bebidas)— los ingresos de Cineplex (Cineplanet) se estancaron. Entre abril y junio, los ingresos de la cadena de cines sumaron S/112,7 millones, aumentando 0,05% respecto al mismo periodo del 2017. En tanto, la utilidad bruta fue de S/38,1 millones, lo que significó un aumento de 2,8% frente al año pasado.*

*Se trata de una recuperación frente al **primer trimestre del 2018**, cuando los **ingresos se redujeron en 8,4% por la ausencia de películas taquilleras** y el impacto negativo en sus ventas de dulcería por la resolución del **Indecopi**.*

*Como se recuerda, la entidad les ordenó **permitir el ingreso de sus clientes con alimentos externos a sus salas de cine desde el 17 de marzo**; los resultados de dicho trimestre recogieron solo 15 días del efecto de la resolución.*

*Así, durante la primera mitad del año, los ingresos totales de la firma ascendieron a S/212,2 millones, cayendo 5% frente al mismo periodo del año pasado; la utilidad bruta también cayó 8,3%.*

*La empresa indicó que la caída de los ingresos se debe a que **las películas de dicho periodo no lograron obtener un alto desempeño comparado al 2017**, según lo detalla un informe publicado en la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).*

*Estas cifras se alinean con la **caída general de asistencia de espectadores a cines en el Perú en la primera mitad del año, pese a la mayor cantidad de películas estrenadas**, según cifras del periodista Maykoll Calderón.*

*En tanto, la utilidad bruta fue de S/38,1 millones, lo que significó un aumento de 2,8% frente al año pasado.*

*Entre enero y junio, se registraron 25 millones de espectadores, una caída de 5,6% frente al 2017. En tanto, se estrenaron 181 películas en dicho periodo, lo que representa un aumento de 24% respecto al 2017<sup>3</sup>.*

La información copiada resulta contradictoria si se tiene que el impacto de la medida correctiva solo pudo afectar a esta empresa los últimos días del primer trimestre, por lo que no es posible atribuir el bajo desempeño de ese trimestre a esa razón. Por el contrario, se da

---

<sup>3</sup>File:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Cineplanet\_%20Bajo%20desempe%C3%B1o%20de%20pel%C3%A9culas%20afecta%20ingresos%20del%20segundo%20trimestre%20\_%20Econom%C3%ADa%20\_%20Negocios%20\_%20El%20Comercio%20Per%C3%BA.html?ref=ecr





cuenta de una recuperación en el segundo trimestre, frente al anterior y frente al periodo similar del año anterior. De esta información, solo podemos concluir que, existen varios elementos que confluyen en las pérdidas y ganancias de la empresa, por lo que no está acreditado el volumen del perjuicio económico directo.

**¿Se desnaturaliza o destruye el modelo de negocio si se retira la prohibición?**

29. Aspec sostiene que, históricamente siempre existió la venta de los snacks y publicidad en las salas de cine, argumento aceptable, por lo que esta judicatura, considera que es poco sostenible que el haberse agregado la cláusula de prohibición haya convertido por sí mismo un modelo distinto al ya existente, que asimismo existen otros negocios, con o sin prohibición, que no puede considerarse que sean un modelo distinto. La antigua Sala única de cine con gran espacio si es un modelo claramente distinto del modelo de multicines, siendo que en ambos, se incluyen los bocadillos y la publicidad. Vale decir que, puede entenderse la integración, la interdependencia entre los tres elementos del negocio, (película snacks y publicidad), pero que la exclusividad forzada de uno de ellos no es la que hace al modelo ni genera la interdependencia. Puede ser que sí que la haga más beneficiosa económicamente, pero no es lo que conceptualmente, no es lo que hace al modelo de negocios.

**¿En cualquiera de los casos, la cláusula de prohibición afecta los derechos del consumidor, al punto que debe excluirse?**

30. La denunciante Aspec, fundamentó en su oportunidad que esta era una cláusula abusiva porque; a) Al cobrar precios exorbitantes, b) por restringir la libertad de elegir al usuario, entre los productos adquiridos fuera y dentro del establecimiento y c) por razones de precio, calidad, gustos y razones de salud, (comida sana). La denunciada argumentó que el modelo de negocios implicaba tal exclusividad. Que, al estar debidamente informados, los usuarios, estaban en libertad de ingresar a estas u otras salas, asimismo de adquirir o no adquirir sus productos. De ello, Indecopi recogió el extremo de la restricción, desestimando el cuestionamiento a los precios, al no ser regulable, y considerando que no existe obligación legal para que la denunciada venda la denominada comida saludable. Sobre ello, debe considerarse que, se observa la contraposición de derechos invocados por la demandante, como la libertad de iniciativa, lo que incluye la libertad de organizarse, (en un modelo de negocios), los márgenes de libertad que implica al usuario al estar bien informado, el de poder elegir entre adquirir el producto que exclusivamente ofrece en dichas salas o abstenerse de hacerlo y el derecho del usuario que Indecopi protege con su resolución, respecto de decidir o escoger entre adquirir productos similares, dentro o fuera del establecimiento. En otros términos, puede decirse que existen derechos afectados con el hecho de la prohibición de la empresa, sin embargo, la intervención del Estado por medio de esta entidad afecta también esa libertad económica, por lo que más adelante volvemos con el tema de la proporcionalidad, que la demandada Indecopi, ha expresado en su contestación de demanda.



**¿La exclusión de la cláusula, afecta el modelo de negocios y consecuentemente, los derechos invocados por la demandante?**

31. El hecho de organizarse en un esquema, o modelo de negocios es, en efecto, un derecho del empresario, es parte de su derecho a la libre iniciativa. Sin embargo, como lo señala la propia demandante, todos los derechos tienen límites, esta judicatura agrega que, inclusive el derecho a la vida tiene límites en la pena de muerte, siendo el más importante derecho humano. En este caso, la prohibición de ingresar con productos adquiridos fuera del establecimiento, por sí misma no es el modelo de negocios. De hecho la demandante, ha señalado que su modelo de negocios, es la interdependencia de tres rubros que conduce, esto es el espectáculo del cine, la venta de bocadillos y bebidas y la presentación de publicidad en pantalla y el establecimiento. Vale decir que la cláusula de prohibición no es el modelo de negocios, sino que a criterio de la demandante, el rubro de la venta de confitería, es un derecho de exclusividad por lo que se considera facultada de prohibir a sus usuarios, el ingreso con productos de fuera. Más aún considera que su modelo, (con la exclusividad excluyente), es económicamente inviable sin esa cláusula de prohibición. De este modo esta judicatura, no considera que la cláusula por sí misma sea el modelo de negocios, por tanto la liberación de esta cláusula, no puede ser una afectación de sus derechos. Tampoco es posible decir que la cláusula es la esencia del modelo, pues ha funcionado antes y funciona el modelo sin ella. Puede decirse que el modelo sin esta cláusula es menos conveniente a sus ganancias, pero eso de por sí no es un derecho.
32. La inviabilidad del negocio sin dicha cláusula tampoco sería una afectación, ni su sostenimiento un derecho. En la historia económica del Perú, se desarrollaron muchos negocios que solo sobrevivían por aranceles extremos a los productos importados, (según aquel modelo económico nacional), al punto que cuando se redujeron estos aranceles o se liberalizó la importación, esas empresas quebraron, con las pérdidas económicas que significaron para sus propietarios y proveedores, la pérdida de puestos de trabajo para sus empleados e inclusive, la pérdida de tributos para el fisco, en el corto plazo, pero en el largo plazo, se observó el beneficio para el consumidor y desapareció una clara distorsión de la economía en su conjunto; sin embargo, al margen de lo que los economistas (y políticos) puedan discutir; jurídicamente, no es posible reclamar ahí un derecho fundamental. 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. La variación histórica y la propia competencia demuestran que, con o sin la prohibición, el modelo subsiste como tal, no pierde su esencia. No se ha prohibido el rubro, sino la exclusividad de su venta.



### **¿La afectación de derechos económicos es tal que pueda afectar la supervivencia de la empresa?**

33. Ciertamente la demandante ha argumentado que se generaría una reducción de sus ganancias con la medida correctiva, aunque solo ha presentado encuestas para ver esa proporción. Tampoco puede afirmarse que no la afectará, está claro y es lógico que se reducirán sus ventas y la empresa seguramente tratará de tomar estrategias para reducir el impacto. Empero, para hablar de una afectación del derecho de la empresa, tendríamos, en principio que asumir 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. Empero, la mayor o menor afectación no es posible medirla en términos cuantitativos, sino en una evaluación puramente jurídica, ejercicio que reservamos para más adelante. En otro punto de esta resolución vemos también que, no se ha informado la proporción en que, en otras experiencias, (otros países), donde se ha levantado la medida, considerada abusiva, haya afectado a dichas empresas económicamente. Claro está que el que no tengamos esa información, no quiere decir que no las haya afectado, sin embargo, solo una información caso por caso podría persuadir del perjuicio económico que señala pero que no fundamenta con suficiencia.

#### **Economía del derecho.**

34. El análisis económico del derecho, nos puede ayudar a determinar los costos y beneficios de una norma, de una sentencia o como en este caso, de una medida administrativa que interviene en las relaciones económicas del mercado y del derecho. Puede evidenciamos quién gana y quién pierde con esta intervención. La demandante ha sostenido que, de mantenerse la medida correctiva, significará un perjuicio a la empresa. Hemos podido observar en la información sobre la materia que, precisamente la teoría<sup>4</sup> que sustenta este modelo de negocio, apunta a que altos precios en la confitería, permitirían la sostenibilidad de películas de baja taquilla y bajos precios del espectáculo cinematográfico y en general, la sustentabilidad del negocio del cine. Sin embargo, de la información a la mano, no se ha podido determinar que esta teoría incluya necesariamente la exclusividad de la confitería o prohibición de los adquiridos fuera del establecimiento, de modo que, nuevamente, no puede asegurarse que el esquema de negocios necesariamente incluya la prohibición. En contrario, puede decirse que la medida correctiva puede significar; a) la reducción de ingresos por dicho concepto y por tanto el alza de precios del boleto de cine, consecuentemente el perjuicio final para el mismo usuario al que se quiere proteger; b) que por la competencia, el empresario sacrifique sus beneficios, sin que perjudique el negocio mismo, lo cual solo ocurriría si los márgenes son lo suficientemente altos que le permitan este sacrificio al empresario o que el negocio se haga mucho más competitivo y c) que el esquema de negocios sin esta cláusula, la haga insostenible en el tiempo o estanque su expansión.

---

<sup>4</sup> Rigoglioso, Marguerite. Diciembre 2009 Why Does Movie Popcorn Cost So Much?. En: <https://www.gsb.stanford.edu/insights/why-does-movie-popcorn-cost-so-much>



Debe tenerse presente asimismo que, 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.

- 35.** Tampoco es aceptable considerar que la actuación de Indecopi a través de esta medida correctiva sea 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. Si en la teoría económica se discute la validez de las cláusulas antimonopólicas por no basarse en datos concretos del perjuicio, sino en supuestos teóricos, debe tenerse presente también que el impulso de la libre competencia es una teoría económica y pese a que no pueden mostrarse datos casuísticos, la historia demuestra que tiene efectos positivos en el desarrollo económico de las naciones, que ha permitido el proceso de industrialización, demostrándose con en el lado antagónico de economías donde los monopolios, especialmente del Estado y también de particulares, han significado el estancamiento de las sociedades, de su economía, su desarrollo científico y especialmente de sus libertades en general, es por ello que 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 dirigirlos.
- 36.** Sin perjuicio de lo señalado, si bien puede evidenciarse una baja de las ventas de la confitería en las salas de cine, no se ha presentado un análisis más exhaustivo o cuando menos estudios de los países donde haya ocurrido esta misma experiencia, teniendo en cuenta que los casos de Brasil, España y Bolivia son anteriores, aún cuando cada experiencia pueda ser distinta. Se conoce en contrario que, en algunas partes de Argentina y España, existe una decisión o normas similares que, sin embargo, su cumplimiento es casi nulo, esto es que las empresas de cine, pese a la norma o decisión administrativa, siguen prohibiendo a sus usuarios, el ingreso de los productos adquiridos fuera, elemento que debe tenerse presente si se pretende estudiar las experiencias previas, pues por un lado puede haber distorsión de los datos por falta de cumplimiento de la regulación y por otro lado, pueden haber factores adicionales como el precio comparativo en esos mercados.
- 37.** Debe tenerse presente de otro lado que, un esquema de negocios que dependa de un elemento puramente artificial como la cláusula materia de análisis, implicaría que se trata de un esquema muy débil e insostenible en el tiempo. Así como en la macroeconomía es preferible, para el análisis económico una libertad de los agentes económicos, sostener una prohibición de este tipo con una Resolución Judicial o administrativa, sería también una distorsión en el mercado. Debe entenderse que, luego de la intervención de la administración, (de Indecopi), que genera una liberación económica; una posterior sentencia que vuelva a imponer la prohibición a solicitud del empresario podría aparecer como una



típica intervención mercantilista. No es posible sostener una empresa sobre mecanismos de prohibición de aranceles, exclusiones o exclusividades. Si bien puede sostenerse que la prohibición es al interior del negocio, la naturaleza de la prohibición implica una actuación de personal de seguridad de la empresa, no basta con el aviso de un cartel informativo, es preciso que exista una “*policía*” que haga cumplir la norma interna, lo que la hace ver como una medida artificiosa y mercantilista. Podemos concluir así que, el mecanismo de exclusividad, considerado Cláusula Abusiva, no es necesariamente parte del modelo de negocios, no es parte esencial del modelo, no hace al modelo, lo que si ocurre es que le genera al empresario un elemento de seguridad en su rentabilidad. Es preciso tener presente aquí que, Indecopi ha sancionado sin evaluar el elemento de coerción, considerando que el solo hecho de informar, en sus avisos publicitarios o carteles dentro del establecimiento, la existencia de esta prohibición, es suficiente para que se cumpla con el tipo de infracción sancionado. Esta judicatura tampoco tiene pruebas o información para un análisis del factor de coerción o de la eficacia de los avisos que pueda considerarse como suficiente para que el usuario se abstenga de la conducta prohibida; sin embargo, debe considerarse que, sea por la forma del aviso al prohibir y no solo invocar, o sea que exista una efectiva acción de retener, hacer comiso o no permitir el ingreso del usuario con el producto externo; puede considerarse, en efecto, un mecanismo de afectación del derecho del usuario, cuya protección es encargada a la demandada.

#### **Test de proporcionalidad.**

38. Nuestra jurisprudencia, (del Tribunal Constitucional), en reiteradas oportunidades, (EXP. N.º 0090-2004-AA/Tribunal Constitucional y otros), ha venido aplicando el principio de la proporcionalidad por medio del denominado test de proporcionalidad. Este instrumento doctrinario surge en el derecho penal a partir de la prohibición del exceso, llamada también razonabilidad por algunos tratadistas, como un criterio de limitación del exceso de poder y arbitrariedad de las autoridades y policía. En el desarrollo de los derechos fundamentales y más antes, en el derecho penal, lo encontramos primero dentro del principio de legalidad más que en su dimensión constitucional, que lo entiende ya como un principio transversal de todas las ramas del derecho, en casos de conflicto de derechos fundamentales y de principios.
39. Han admitido ambas partes que, tanto los derechos de iniciativa privada, derecho de libre empresa y demás invocados, así como los derechos del consumidor tienen sus límites. En general, se entienden los límites de unos, en el punto donde empiezan los derechos de los otros, pero del análisis doctrinario, encontramos que estos límites a veces son grises, confusos y en muchos casos; en conflicto. Precisamente en estas situaciones de conflicto o superposición de derechos en situaciones de hecho o en decisiones de la autoridad, es que debe aplicarse el citado test.



40. Se ha reseñado en esta resolución, la demandante ha invocado varios derechos fundamentales y legales, afectados con la decisión de Indecopi, de obligarla a retirar una prohibición a sus consumidores, al considerar que además del daño económico que implica la medida correctiva, se le está afectando a derechos relacionados, con cuestiones más conceptuales, como el de libre iniciativa, de libertad de dirección y organización, el debido proceso, igualdad, entre otros, hasta terminar en el derecho a la propiedad; todo ello frente al derecho de los consumidores, que al verse restringidos por la demandante, verían afectados principalmente su derecho a elegir libremente su proveedor, de bocadillos y bebidas, en el contexto de ingresar al espectáculo de cine, lo que a su vez también está conectado con una gama de derechos, que van desde la dignidad, al ser pasibles de intervención y búsqueda o y comiso de productos, a quienes pretendan ignorar la prohibición de la empresa), hasta derechos también económicos, pues al restringírseles la posibilidad de adquirir sus productos solo a este único proveedor, (la propia empresa de cine), no pueden acceder a mejores precios, en los productos de fuera de la empresa. Aspec e Indecopi conforme a ley, se encuentran investidas de proteger y demandar estos derechos de los consumidores, (intereses difusos), por mandato de la ley, con lo que la medida correctiva, que de manera imperativa puede hacer cumplir Indecopi, debe ser sometida a este test a fin de establecer si es un mecanismo o instrumento idóneo, en medio de los derechos en conflicto.

#### **Idoneidad.**

41. Considerado un sub principio, la idoneidad, exige que la restricción o medida tomada sea la más idónea para lograr el fin perseguido<sup>5</sup>. Considerando que la liberación del ingreso de productos de confitería, a los usuarios del cine sea la más idónea para asegurar este derecho a elegir. Recordemos que la denuncia de Aspec, no invocaba puramente el derecho de elegir, sino que dicha libertad les permitiese a los usuarios, alternativas de mejores precios, mejor o diversa calidad, diversidad de productos, (*comida saludable*). Indecopi, si bien desestima un control de precios, sin embargo, al abrir la posibilidad de mayor oferta, da lugar a escoger mejores precios, que también es el primer elemento que puede ver un usuario. Se sabe también que, por la denominada ley de la oferta y demanda, el mejor mecanismo de mejorar los precios es abrir la competencia y ampliar la oferta. Así, puede considerarse que la medida puede considerarse idónea tanto para el mismo hecho de abrir el derecho a la elección, como el de mejora de precios. En cuanto al concepto mismo de liberar la prohibición, debemos tener presente que la medida correctiva implica que hubo una previa calificación de que esa prohibición era abusiva, (por Indecopi). Tenemos en cuenta que en una sala de cine existen otras prohibiciones, como la prohibición de fumar, (prohibición legal), que en su momento pudo haberse considerado como una afectación del derecho de los fumadores y de las tabacaleras, pero que la evolución del punto de vista de

---

<sup>5</sup> Castillo Córdova. El principio de proporcionalidad. En:

[https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1960/Pincipio\\_proporcionalidad\\_ordenamiento\\_juridico\\_peruano.pdf?sequence=1](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1960/Pincipio_proporcionalidad_ordenamiento_juridico_peruano.pdf?sequence=1)



la sanidad hace ver, en perspectiva que, se trató de una prohibición razonable e idónea al punto que a nadie, razonablemente se le ocurriría solicitar el levantamiento de esa prohibición, ni al empresario de cine, solicitar exclusividad de venta sobre esta mercancía. A contrario sensu, la liberación que significa esta medida, puede ser discutible desde el punto de vista del empresario, pero desde el punto de vista del derecho del usuario resulta idónea. Debe observarse que, la demandante sostiene que no hay afectación en el derecho de elegir al usuario, pues puede elegir entre ingresar a esta sala o a otra donde no haya esta restricción, o puede optar en no adquirir los productos. La medida correctiva en este sentido, 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, en tal sentido, debe tenerse presente que las decisiones sobre materia de derechos fundamentales, deben estar orientadas a una ampliación de dichos derechos.

#### **Necesidad.**

42. Este sub principio de necesidad, exige examinar si existe algún medio alternativo disponible que permita alcanzar la misma finalidad, en la misma medida, pero con una restricción menor para el derecho afectado. Ni la denunciante Aspec, ni la demandada han propuesto alternativas de una medida distinta, sin embargo debe observarse que, la medida correctiva solo indica la apertura a productos similares a los que la denunciada expende, esto es que la medida no es libérrima. Consecuentemente y en estricto, la apertura no es a la diversidad de productos, sino únicamente a la competencia o apertura de oferta de productos *similares*, extremo que tal vez hubiera abierto también a otras alternativas, debiendo entenderse además por similares, a otros productos dentro de la gama de bocadillos o snaks del mercado. Ciertamente, debe entenderse que la palabra similares no puede ser muy extensiva e irrazonable, pues abrir dichas posibilidades, implicaría también actos de control de la empresa para dilucidar productos que puedan molestar a otros usuarios o que ya no constituyan un simple bocadillo de confitería, por lo que nuevamente podrían tener otros elementos de polémica. Visto así, el análisis de necesidad se reduce a determinar solo entre las alternativas de permitir o no permitir el ingreso de los productos similares, vale decir, entre eliminar o no eliminar la cláusula de prohibición del ingreso con productos del mismo tipo pero adquiridos fuera del establecimiento.
  
43. Tenemos en cuenta que, la demandada Indecopi y especialmente Aspec, han aportado como medios probatorios, experiencias de otros países, vale decir, decisiones de la administración para eliminar lo que denomina Cláusula Abusiva, como Brasil, (venta atada) y algunos países o autonomías de España, (se consideran formalmente países a sus autonomías), como ejemplo. En dichas legislaciones o actos administrativos de sus





respectivas instituciones de control o protección, la medida igualmente es de levantar la prohibición, no se observan medidas alternativas o variantes que puedan considerarse menos perjudiciales. En todo caso, un elemento que pueda apuntar al análisis de la necesidad es que, si bien las demandadas presentan estos ejemplos, la demandante, no ha acreditado consecuencias económicas del perjuicio que haya ocurrido en dichos países a partir del levantamiento de la restricción de esta cláusula. La información presentada son encuestas y proyecciones que no generan suficiente certeza, información que habría evidenciado o coadyuvado a considerar la falta de necesidad de la medida ante otras posibles, menos dañosas.

44. Analizando los datos históricos, se ha encontrado por ejemplo que, muchas salas de cine inicialmente no tenían en propiedad o no era parte de su negocio, la confitería. Un concesionario asumía el negocio, lo que da una idea de ingresar ese factor o mecanismo como alternativa; sin embargo, debe observarse que no es precisamente una práctica monopólica la que se denuncia, que asimismo, obligar el ingreso de otro operador, sí afectaría un esquema de negocios, no se trata de un monopolio natural en el que hay que introducir competencia y que contradictoriamente resultaría que dos vendedores tendrían que prohibir los productos adquiridos afuera. La teoría económica considera que el objetivo es maximizar el bienestar de la sociedad, para ello es necesaria la eficiente asignación de recursos, lo que a su vez implica el menor costo al usuario, a quien se le debe cobrar un costo marginal por el servicio, después de los costos de la producción. Este resultado se alcanza con la denominada competencia perfecta. La estructura de este mercado en particular puede verse desde el punto de vista del propietario, que ve a su esquema de negocios como un todo y dentro de su local, considera lícito y ético regular el ingreso de otros productos. Sin embargo, podemos entender que los usuarios que traen productos de la competencia, tratarán de ingresar con ellos, si es que su proveedor casi natural, los vende más caro o es menos eficiente, que si no se lo permite lo hará subrepticamente y si el control del empresario es solo de carácter informativo, (carteles), lo podría tomar como una invocación inocua, el empresario tendrá entonces que recurrir a un control físico, un sistema de vigilancia, para el cumplimiento o cuando menos debe dar a entender que tiene las posibilidades de hacerlo, de manera suficientemente disuasiva; lo que implica que no se trata de un típico monopolio, sino de una distorsión artificial, donde la única medida razonable que queda es retirar precisamente esa medida, pues además de generar distorsión, afecta otros derechos del usuario si lo somete a revisiones que afecten áreas de su intimidad, como una bolsa, la cartera, los bolsillos o la intervención cuando los está consumiendo, si logró burlar el control, sin perjuicio de la afectación personal que implica este tipo de intervenciones.

#### **Proporcionalidad en sentido estricto.**

45. Este último sub principio exige analizar los derechos y principios que han entrado en conflicto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor según las circunstancias



específicas, y, por tanto, cuál de ellos prevalecerá sobre el otro y decidirá el caso. En el caso en discusión, luego de haber separado el mecanismo de exclusividad, respecto del modelo de negocios propiamente dicho, podemos decir que si bien es una ventaja para el empresario, que el levantamiento de la cláusula de prohibición lo puede afectar económicamente; no puede sostenerse válidamente como un derecho fundamental directamente relacionado con la libre iniciativa, sino más bien un derecho derivado, según se ha sustentado a lo largo de la presente resolución, pues aún la afectación económica que deberá soportar eventualmente, no resulta ser una afectación como tal, pues está sostenida en lo que Indecopi ha denunciado como cláusula abusiva y que de otro lado, no puede sostenerse que dicha cláusula por sí sola o dentro de su esquema de negocios, sea un derecho fundamental, como tal.

46. La demandante ha sustentado que se afecta el modelo de negocios, debiendo entenderse que el contenido esencial del derecho que defiende es su libertad de organizarse para su actividad. En contraposición; Indecopi, acogiendo la denuncia de Aspec, fundamenta que es un derecho del usuario, el asistir al cine con los alimentos que pueda adquirir fuera del establecimiento comercial de cine, debiendo entenderse que el contenido esencial en este caso, es la libertad de elegir, entre los productos que vende la sala de cine y los que pueda adquirir fuera de ella o llevarlos desde su casa inclusive. Hemos separado, la cláusula en cuestión, respecto del modelo de negocios, considerando que dicho elemento no es esencial del modelo, pero aún así, puede sustentarse que la cláusula de prohibición es inherente al negocio en la medida en que el producto y su exclusividad está aunado al servicio, graficado en la analogía de que un restaurante, puede reservarse la exclusividad del consumo de productos alimenticios, dentro del local donde presta el servicio, considerando que un restaurante, más que un vendedor de comida, es un prestador de servicios, en consecuencia no es razonable que se haga uso del servicio sin consumir o pagar por el producto. Indecopi, con la Resolución de Aclaración, ha señalado que el razonamiento es válido en el caso de las Salas Premium, donde la preponderancia del servicio de venta de alimentos es más relevante.
47. Volviendo al contenido esencial, diremos entonces que, puede distinguirse que, de acuerdo al razonamiento de la demandada, la cláusula de exclusividad es válida donde el servicio de venta de alimentos es preponderante. Esta judicatura, partiendo de un razonamiento distinto, esto es que, aun asumiendo que en ambos casos (con o sin salas Premium), existe un modelo de negocios, considera que, en el caso del primer modelo, la cláusula de exclusividad es separable y no es esencial al negocio o a su modelo.
48. Indecopi ha señalado en cambio que no se trata de un modelo de negocios, sino que existe un negocio con rubros complementarios. Esta judicatura, considera así que, por cualquiera de los razonamientos, se llega a la conclusión de que, en el caso de los locales



tradicionales, precisamente por la tradición, por la menor preponderancia del servicio de venta de alimentos, (tomando la frase de Aspec, de que las personas, van principalmente a ver el cine), y por el principio de libre competencia, ha resultado una colisión de derechos entre este derecho de exclusividad del servicio, con los derechos ya descritos del usuario del servicio. En consecuencia; debe considerarse que el derecho del usuario tiene un mayor peso, en tanto que de conformidad con el artículo 61° de la Constitución Política, la libre competencia, es un principio que el Estado protege, antes que a los derechos de organización empresarial que es más bien un derecho derivado. Debe observarse asimismo que en el rango constitucional, la persona humana, (usuario), es el fin supremo de la sociedad y del Estado, como tal sus derechos son preferentes, ello teniendo en cuenta que, el derecho a su libertad de elegir le es inherente en el mercado y que adicionalmente, puede graficarse una afectación a su dignidad en caso de que, la sala de cine, haga ejercicio de la coerción (de prohibición de ingreso cuando ya pago la entrada del espectáculo y de comiso si logró burlar el control), para hacer valer este derecho de exclusividad.

- 49.** Debe tenerse presente que en otra parte de esta resolución señalamos que, la cláusula de prohibición no es un elemento esencial del modelo de negocios, pues aún sin él, subsiste el rubro de la confitería, compitiendo con productos externos que si bien pueden tener menor precio, tiene a su favor otros elementos como la facilidad de adquirirlos en el propio lugar de consumo, la inmediatez de su elaboración, calidad entre otros. Consecuentemente no está acreditado que se destruye o desnaturaliza el modelo de negocios si se le sustrae la citada cláusula, puesto que aún sin ella el negocio subsiste con sus tres rubros y existió antes de concebirse como un modelo de negocios, que además de la lectura de documentos de su mentor teórico, no se observa que la incorporación de dicha cláusula sea vital para el citado modelo. En conclusión, en términos estrictos, puede considerarse que la libertad adicional ganada para los usuarios consistente en tener más alternativas de consumo, así como la liberación de dicha cláusula, que afectaba por sí misma un derecho del consumidor, resulta en el conflicto de derechos de mayor importancia, según lo evaluado en estas líneas.
- 50.** Es preciso también tener presente que, el test de proporcionalidad, que tradicionalmente analiza los derechos en conflicto, que implica la ponderación, puede verse también desde el punto de vista de la ampliación de derechos. En tal sentido, puede considerarse que si bien hemos resaltado que la restricción o prohibición de ingresar con productos alimenticios adquiridos fuera del establecimiento, existió antes, la medida correctiva de Indecopi, como tal resulta la reposición de ese derecho, pero también implica una ampliación de derechos<sup>6</sup>. Populamente se dice que, no se aprecia algo hasta que se pierde ese algo. Así la

---

<sup>6</sup> Vásquez, Daniel. Test de razonabilidad y derechos humanos. Instrucciones para armar. En: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4254-test-de-razonabilidad-y-derechos-humanos-instrucciones-para-armar-restriccion-igualdad-y-no-discriminacion-ponderacion-contenido-esencial-de-derechos-progresividad-prohibicion-de-regresion-y-maximo-uso-de-recursos-disponibles>



recuperación de ese algo, implica una toma de conciencia de su necesidad, de la existencia del derecho como tal y de su significancia. El hombre primitivo era libre y seguramente no fue consciente de su libertad hasta cuando fue esclavizado. Volver a ganar esa libertad como derecho es una lucha que aún no acaba y un símbolo fundamental del ser humano, como derecho. Sin que haya una comparación en cuanto a su magnitud, sirve lo dicho para ejemplificar lo que implica la ampliación de un derecho. Así, la posibilidad de que el usuario pueda volver a ingresar con productos alimenticios, implica una ampliación de su libertad de usuario, respecto de las libertades que la demandante dice respetar, como son las de escoger, entre una u otra empresa, de adquirir o no de la confitería de esa empresa, (consumir o no), por lo que la medida correctiva, significa el hecho de consumir de este u otro proveedor.

### **Derecho a la igualdad.**

51. Otro derecho afectado que señala la demandante, es el derecho a la igualdad, precisando que al haberse impuesto esta medida correctiva únicamente a dos cadenas de cine, se las ha expuesto a una competencia desleal, que se trata de una intervención que genera distorsión y discriminación en el mercado. Contra ello, la demandada ha señalado que, al haber sido las únicas empresas denunciadas, se ha actuado en consecuencia. Indecopi no ha negado la existencia de otras empresas que estén incurriendo en este mismo tipo de práctica, por lo que debe considerarse que existe una distorsión en el mercado al generarse privilegios. Para tal efecto, debe observarse si Indecopi; a) debió prever que su intervención no genere desigualdad o discriminación, b) Si tenía cómo conocer de otros casos de uso de la denominada cláusula abusiva, c) si puede actuar de oficio.
  
52. De acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones de Indecopi, Decreto Supremo N° 009-2009-PCM<sup>7</sup>, corresponde a esta entidad vigilar la libre iniciativa y defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva. En consecuencia, Indecopi, al haber dispuesto una medida correctiva, en defensa del consumidor, debía prever que dicha medida no afecte otra de sus funciones, pues en efecto, ha generado una distorsión en el mercado, permitiendo que la denominada cláusula abusiva subsista para otras empresas que realizan el mismo negocio, extremo que debe considerarse una afectación a la libre competencia y a los derechos de igualdad y no discriminación.
  
53. No se informa en esta causa que, la demandante haya denunciado la existencia de otras empresas que hicieran este mismo tipo de prácticas y no era su función, no tenía obligación de hacerlo, lo que no inhibe del pronunciamiento sobre la materia en esta sede aún cuando

---

<sup>7</sup> Artículo 2.- Funciones Generales (... ) a) Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas, así como velar por el cumplimiento de las normas y principios de simplificación administrativa; b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva;



no se haya discutido el tema en sede administrativa, puesto que es resultante de la acción de la administración al introducir la medida correctiva. Aspec no había denunciado a otras empresas, no ha explicado sus razones. Empero, el uso de este tipo de prácticas es de fácil averiguación o de público conocimiento. En consecuencia, debe considerarse que Indecopi, aún cuando no fuere denunciado, tenía la obligación de prever que una medida correctiva afectaría el mercado y dejaría en privilegio a otros en la misma situación de la denunciada. Era su responsabilidad entonces incluir en la investigación a toda otra empresa dado que una debida diligencia, es exigible a la entidad administrativa.

54. De conformidad con el artículo 107 de la Ley 29571, Código del Consumidor, las presuntas infracciones cometidas por los agentes económicos son perseguibles de oficio<sup>8</sup>. De este modo la demandada tenía las facultades para ejercer sus atribuciones de investigación y sanción aún cuando no hubiese sido denunciada por Aspec al considerar la debida diligencia y la evidente afectación de otros derechos que por sus acciones han resultado. En este punto, debe considerarse si la afectación de este derecho es suficiente para dejar sin efecto la Resolución de Indecopi, tal como demanda la recurrente. Al respecto debe considerarse que, en términos procedimentales, implicaría retrotraer el proceso administrativo al punto de incorporar a las otras empresas que incurrir en la misma infracción para volver a resolverse, posiblemente en el mismo sentido, lo que no resulta razonable y linda con la irreparabilidad del daño, en tanto las pérdidas económicas a manos de al competencia no son recuperables y que por el contrario, la entidad del Estado estaría en posibilidad de iniciar dichas acciones o Aspec de hacer nuevas denuncias. Visto así, aún cuando puede considerarse que existe una afectación en este extremo, no es atendible la pretensión de al demandante, por lo que cabe en todo caso, que Indecopi subsane esta afectación, en la forma de ley y principalmente respetando los derechos de las personas.

### **Costas y costos**

55. Finalmente, a criterio del que suscribe no aparece con meridiana claridad que la parte actora hubiera procedido con manifiesta temeridad al interponer la demanda, pues hay cuando menos una afectación de sus derechos; por lo tanto, corresponde exonerarla de las costas y costos del proceso, de conformidad con el artículo 56° del Código Procesal Constitucional y el artículo 421° del Código Procesal Civil.

---

<sup>8</sup> Artículo 107.- Postulación del procedimiento. Los procedimientos administrativos para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código se inician de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado, o por una asociación de consumidores en representación de sus asociados o poderdantes o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores. En este último caso, la asociación de consumidores actúa como tercero legitimado sin gozar de las facultades para disponer derechos de los consumidores afectados, salvo de sus asociados o de las personas que le hayan otorgado poder para tal efecto. Tanto el consumidor constituido como parte como el tercero legitimado pueden participar en el procedimiento e interponer los recursos contra la resolución que deniegue el inicio del procedimiento y contra cualquier otra resolución impugnada que les produzca agravio. El procedimiento administrativo en materia de protección al consumidor se inicia con la notificación de la imputación de cargos al posible infractor."



### III. PARTE RESOLUTIVA

Por los fundamentos expuestos, con las facultades que le confiere la Constitución, el 11° Juzgado Constitucional de Lima, con sub especialidad en asuntos tributarios, aduaneros e Indecopi; RESUELVE:

Declarando **INFUNDADO** el Proceso de **AMPARO promovido por Cineplex SA** contra el **Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- INDECOPI** y con la intervención de la **Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios ASPEC**.

Sin Costas ni costos.

Notifíquese.