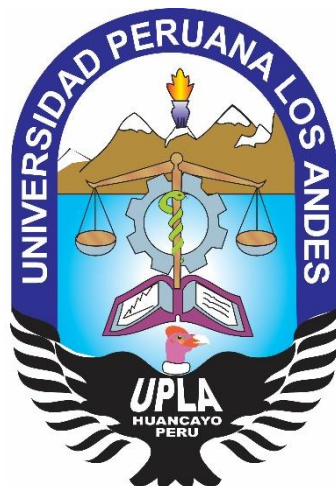


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

TITULO :LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DEL CONSUMIDOR A INGRESAR ALIMENTOS A LOS CINES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

PARA OPTAR :EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR : Bach. Eduardo A. GONZALEZ CATAY

ASESOR : Dr. Moisés J. CALLE CÁCERES

AREA DE INVESTIGACIÓN : CIENCIAS SOCIALES

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN : DESARROLLO HUMANO Y DERECHOS

FECHA DE INICIO Y DE CULMINACION : AGOSTO 2018-AGOSTO 2019

HUANCAYO – PERÚ

2019

DEDICATORIA:

A Yolanda, por ser el pilar de
mi fortaleza y por su apoyo
incondicional.

El Autor.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, deseamos expresar nuestro agradecimiento al asesor de la presente tesis, Dr. Moisés J. Calle Cáceres, por la dedicación y apoyo al presente trabajo, por el respeto a mis sugerencias e ideas, por la dirección y el rigor que ha facilitado a las mismas. Asimismo, en segundo lugar expreso mi más sincera gratitud a cada una de las personas que intervinieron en el desarrollo de la presente, por brindarme su apoyo moral, tiempo y conocimientos, así como a las personas que intervinieron para la resolución del instrumento de investigación seleccionado.

INDICE

| | |
|--|------|
| DEDICATORIA..... | ii |
| AGRADECIMIENTO..... | iii |
| RESUMEN..... | vi |
| ABSTRACT..... | viii |
| INTRODUCCIÓN..... | ix |
| CAPÍTULO I..... | 11 |
| PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 11 |
| 1.1. Descripción del problema..... | 11 |
| 1.2. Delimitación del problema..... | 12 |
| 1.2.1. Delimitación espacial | 12 |
| 1.2.2. Delimitación temporal | 12 |
| 1.2.3. Delimitación conceptual | 13 |
| 1.3. Formulación del problema..... | 13 |
| 1.3.1. Problema general | 13 |
| 1.3.2. Problemas específicos | 13 |
| 1.4. Objetivos..... | 13 |
| 1.4.1. Objetivo general..... | 13 |
| 1.4.2. Objetivos específicos | 14 |
| 1.5. Justificación de la investigación | 14 |
| 1.5.1. Social | 14 |
| 1.5.2. Científica – teórica..... | 14 |
| 1.5.3. Metodológica | 15 |
| 1.6. Hipótesis y variables..... | 15 |
| 1.6.1. Hipótesis | 15 |
| 1.6.2. Variables | 15 |
| 1.6.3. Operacionalización de las variables | 16 |
| CAPÍTULO II | 18 |
| MARCO TEÓRICO | 18 |
| 2.1. Antecedentes del estudio..... | 18 |
| 2.2. Bases teóricas..... | 26 |

| | |
|--|--------|
| 2.2.1. El derecho fundamental a la libertad de empresa | 26 |
| 2.2.2. Derechos del consumidor | 41 |
| 2.2.3. Doctrina constitucional sobre el derecho del consumidor | 51 |
| 2.3. Definición de conceptos | 59 |
| 2.3.1. Derecho fundamental a la libertad de empresa | 59 |
| 2.3.2. Derecho del consumidor..... | 59 |
| 2.3.3. Libre iniciativa privada | 59 |
| 2.3.4. Soberanía del consumidor | 60 |
| 2.3.5. Derechos del consumidor | 60 |
| 2.3.6. Consumidor | 60 |
| 2.4. Marco Formal o Legal | 61 |
| CAPÍTULO III | 63 |
| METODOLOGÍA..... | 63 |
| 3.1. Método de investigación | 63 |
| 3.2. Tipo de investigación..... | 64 |
| 3.3. Nivel de investigación..... | 64 |
| 3.4. Diseño de investigación | 65 |
| 3.5. Población y muestra..... | 65 |
| 3.5.1. Población..... | 65 |
| 3.5.2. Muestra | 65 |
| 3.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos | 65 |
| 3.6.1. Técnicas de recolección de datos | 65 |
| 3.6.2. Instrumentos de recolección de datos | 66 |
| 3.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos | 66 |
| CAPÍTULO IV | 67 |
| RESULTADOS | 67 |
| 4.1. Presentación de resultados | 67 |
| 4.2. Contrastación de hipótesis | 78 |
| 4.3. Discusión de resultados | 82 |
| CONCLUSIONES..... | 87 |
| RECOMENDACIONES..... | 88 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 89 |
| ANEXOS | 91 |

RESUMEN

A raíz de una decisión de Indecopi, las salas del cine Cinemark y Cineplanet no pueden obligar a sus usuarios a comprar sus diversos productos. En esa misma línea, tampoco pueden impedir el ingreso de alimentos propios. Indecopi, en un trabajo conjunto con la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC), determinó que este tipo de prácticas en las salas de cine resultan ser "abusivas y van contra el derecho del consumidor".

Esta decisión del INDECOPI ha generado, como suele ocurrir, una diversidad de opiniones en distintos sentidos. En tal sentido, la intervención del Estado en la economía se justifica en la necesidad de establecer determinadas reglas que preserven al mercado de distorsiones en su funcionamiento y orienten las actividades económicas dentro de un marco de respeto a la Constitución y las leyes.

El problema general de la presente es: ¿de qué manera el derecho a la libertad de empresa influye en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana?, siendo su objetivo general: determinar de qué manera el derecho a la libertad de empresa influye en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana.

La hipótesis general planteada fue que: El derecho a la libertad de empresa influye de manera directa en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana.

Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo y análisis-síntesis, siendo su tipo de investigación la de carácter básico, el nivel de investigación es explicativo, de diseño no experimental y transversal.

Como conclusión de la presente investigación se establece que se ha determinado que el derecho a la libertad de empresa influye de manera directa en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana porque las cadenas de cines tienen sus propios establecimientos de venta de comida, y es completamente razonable que restrinjan el

ingreso de comida adquirida fuera de dicho establecimiento. Resulta absurdo que el Estado le obligue a permitir lo contrario.

PALABRAS CLAVES: Derecho a la libertad de empresa, Derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines, Libre iniciativa privada, Libertad de organización.

ABSTRACT

Following an Indecopi decision, Cinemark and Cineplanet movie theaters cannot force their users to buy their various products. Along the same lines, they cannot prevent the entry of their own food either. Indecopi, in a joint effort with the Peruvian Association of Consumers and Users (ASPEC), determined that this type of practices in movie theaters turn out to be "abusive and go against consumer rights".

This INDECOPI decision has generated, as often happens, a diversity of opinions in different senses. In this sense, the intervention of the State in the economy is justified by the need to establish certain rules that preserve the market from distortions in its operation and guide economic activities within a framework of respect for the Constitution and the laws.

The general problem of the present one is: in what way does the right to freedom of business influence the right of the consumer to bring food to theaters in Peruvian legislation? Its general objective is: to determine in what way the right to Freedom of enterprise influences the consumer's right to enter food into cinemas in Peruvian legislation. The general hypothesis raised was that: The right to freedom of business directly influences the consumer's right to enter food into theaters in Peruvian legislation. The general methods that were used were the inductive-deductive method and analysis-synthesis, being its type of research that of a basic nature, the level of research is explanatory, non-experimental and transversal design.

As a conclusion of the present investigation, it is established that it has been determined that the right to freedom of business directly influences the consumer's right to bring food into theaters in Peruvian legislation because the cinema chains have their own retail establishments of food, and it is entirely reasonable that they restrict the entry of food purchased outside of said establishment. It is absurd that the State forces him to allow the opposite.

KEY WORDS: Right to freedom of business, Consumer's right to enter food in cinemas, Free private initiative, Freedom of organization.

INTRODUCCIÓN

La Sala Especializada en Protección al Consumidor (SPC) del Indecopi ordenó que las cadenas Cinemark y Cineplanet ya no podrán restringir el ingreso de sus usuarios a sus salas con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento.

La decisión de la SPC del Indecopi se remite a una denuncia presentada el siete de febrero de 2017 por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (Aspec), en donde se acusa a Cineplanet y Cinemark por la infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. La Sala resolvió que "la restricción consistente en la prohibición a los consumidores de ingresar a las salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento comercial (...) constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores".

El problema, según indicó el Indecopi, es forzar a que los clientes tengan que adquirir los productos alimenticios solo al interior de estos establecimientos, sin darles la oportunidad de elegir los suyos.

La decisión del INDECOPI desde nuestro punto de vista cometió un error al aseverar que la venta de alimentos en las confiterías no conformaba el giro de negocio de las cadenas de cine denunciadas. Aplicando el concepto de productos como paquete de atributos se puede entender que los proveedores son quienes estructuran aquellos componentes que desean ofrecer al público basados en las preferencias de los consumidores, por lo que cualquier intromisión en dicha organización afectará el precio del paquete o podría desestabilizar la rentabilidad del negocio. Esto puede incidir afectando el derecho a la libertad de empresa de las cadenas de cine. En tal sentido, en la presente hemos expuesto las principales corrientes teóricas sobre el tema, tanto desde un punto de vista en favor del derecho a la libertad de empresa, como también del derecho de los consumidores.

A nivel metodológico se señala que el problema general de la presente es: ¿de qué manera el derecho a la libertad de empresa influye en el derecho del consumidor a ingresar alimentos

a los cines en la legislación peruana?, siendo su objetivo general: determinar de qué manera el derecho a la libertad de empresa influye en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana. La hipótesis general planteada fue que: El derecho a la libertad de empresa influye de manera directa en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana. Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo y análisis-síntesis, siendo su tipo de investigación la de carácter básico, el nivel de investigación es explicativo, de diseño no experimental y transversal.

La tesis en cuanto a sus capítulos se encuentra distribuida de la siguiente manera:

En el primer capítulo denominado Planteamiento del problema, se desarrolla la descripción de la realidad problemática, formulación del problema, justificación de la investigación y la delimitación de la investigación.

En el segundo capítulo denominado Marco teórico de la investigación, se desarrollan ítems como: antecedentes de la investigación, marco histórico, bases teóricas de la investigación, marco conceptual y marco legal.

En el tercer capítulo denominado Metodología de la investigación, se desarrollan aspectos como: métodos de investigación, tipos y niveles, población y muestra, diseño de investigación, técnicas de investigación e instrumento, y técnicas de procesamiento y análisis de datos.

En el cuarto capítulo denominado Hipótesis y Variables, se ha establecido la identificación de las variables así como también la operacionalización de los mismos.

En el quinto capítulo denominado Resultados de la investigación, se consideran los siguientes ítems: presentación de resultados y la discusión de resultados.

Y finalmente, se han redactado las conclusiones y recomendaciones; como las referencias bibliográficas y anexos.

EL AUTOR

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema

Debe plantearse que la intervención del Estado en la economía se justifica en la necesidad de establecer determinadas reglas que preserven al mercado de distorsiones en su funcionamiento y orienten las actividades económicas dentro de un marco de respeto a la Constitución y las leyes, esto como una consideración general.

Incluso cuando se hace referencia a la “protección al consumidor” se debe entender que el consumidor únicamente se protege en la medida que las afectaciones que pueda experimentar puedan distorsionar el funcionamiento del mercado. No toda afectación que pueda experimentar el consumidor o cualquier agente del mercado es pasible de protección, porque hay afectaciones que son consecuencia, justamente, de un adecuado funcionamiento del mercado.

En el caso concreto de análisis, se estudiar tanto el derecho fundamental a la libertad de empresa como el derecho de los consumidores a ingresar alimentos a los cines, referenciándose que el INDECOPI ha imputado y sancionado la presunta incorporación de una cláusula abusiva e

n un contrato de adhesión, bajo el supuesto específico contemplado en el literal e) del artículo 50 del Código de Protección y Defensa del Consumidor que considera como abusivas aquellas cláusulas que “excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores (...)”.

En la tesis que adopta el Tribunal del INDECOPI, los cines han limitado “el derecho de los consumidores a elegir libremente los productos que desea adquirir, entre productos y servicios idóneos y de calidad, así como el lugar donde desea comprarlos”.

Aunque no tenemos la menor duda de que las personas deben tener el derecho de adquirir los alimentos que mejor les parezca en los lugares en los que determinen libremente, lo cierto es que Indecopi ha ido más allá interpretando el significado de libertad de empresa.

En ese sentido, la presente investigación analizó y estudió dichos aspectos, esto desde una perspectiva constitucional tanto del derecho a la libertad de empresa como el derecho de los consumidores a ingresar alimentos a los cines, planteando qué derecho debe de prevalecer.

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial

La presente investigación tiene como ámbito espacial la Provincia de Huancayo, en la que se aplicó la investigación.

1.2.2. Delimitación temporal

La presente investigación fue desarrollada considerando como ámbito temporal de estudio el año 2018.

1.2.3. Delimitación conceptual

- Derecho a la libertad de empresa
- Derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines
- Libertad de organización.
- Libre iniciativa privada
- Principio de soberanía del consumidor.
- Principio de buena fe
- Régimen de economía social de mercado
- Cláusulas abusivas.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

¿De qué manera el derecho a la libertad de empresa influye en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana?

1.3.2. Problemas específicos

1.3.2.1. ¿En qué medida el derecho a la libertad de empresa influye en la soberanía del consumidor, en la legislación peruana?

1.3.2.2. ¿Cómo el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines influye en la libre iniciativa privada del empresario, en la legislación peruana?

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo general

Determinar de qué manera el derecho a la libertad de empresa influye en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana

1.4.2. Objetivos específicos

1.4.2.1. Determinar en qué medida el derecho a la libertad de empresa influye en la soberanía del consumidor, en la legislación peruana.

1.4.2.2. Establecer cómo el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines influye en la libre iniciativa privada del empresario, en la legislación peruana.

1.5. Justificación de la investigación

1.5.1. Social

A nivel social, la investigación se justificó porque beneficia a los consumidores que asisten a los cines y que tienen el derecho a poder ingresar alimentos, de modo que desde un punto de vista constitucional la misma adquirió relevancia en un contexto económico de libre competencia o propiamente de la libertad de empresa como derecho fundamental reconocido a nivel constitucional, privilegiando la protección del derecho de los consumidores.

1.5.2. Científica – teórica

La investigación desde un punto de vista dogmático contribuyó a plantear criterios de cómo se debe de privilegiar el derecho de los consumidores a ingresar alimentos a los cines respecto del derecho fundamental a la libertad de empresa, siendo muy importante el hecho de considerar qué aspectos a nivel teórico han sido evaluados en relación a lo que se desprende del derecho constitucional económico, esto desde un enfoque no

sólo a nivel del derecho del consumidor como podría considerarse, sino desde un enfoque más amplio de tutela de dicho derecho.

1.5.3. Metodológica

En la presente investigación, al desarrollarla, el investigador ha propuesto el diseño de un instrumento de investigación para realizar la respectiva medición documental de las variables desarrolladas en el presente estudio, tal es así que, se utilizó la entrevista como documento cuyo fin ha sido recolectar la opinión de especialistas en la materia.

1.6. Hipótesis y variables

1.6.1. Hipótesis

- Hipótesis General:

El derecho a la libertad de empresa influye de manera directa en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana

- Hipótesis Específicas:

- El derecho a la libertad de empresa influye de manera directa en la soberanía del consumidor, en la legislación peruana.
- El derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines influye de manera directa en la libre iniciativa privada del empresario, en la legislación peruana.

1.6.2. Variables

- Variable independiente:

Derecho a la libertad de empresa

- **Variable dependiente:**

Derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines

1.6.3. Operacionalización de las variables

| VARIABLE | DEFINICIÓN CONCEPTUAL | DIMENSIONES | INSTRUMENTO |
|---|--|---|----------------------|
| Derecho a la libertad de empresa | “Es la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. La libertad de empresa constituye un pilar importante que se asienta en la libre iniciativa privada así como en la libertad de organización que se le reconoce al empresario” (Gherzi, 2016, p. 53). | -Libre iniciativa privada -Libertad de organización. | Ficha de observación |
| Derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines | “A nivel del derecho del consumidor, es el sujeto activo de los derechos del consumo, el mismo que puede tener diversas características, convirtiéndose así en: consumidor individual o final, y consumidor colectivo, en el caso en particular, con el derecho a poder ingresar alimentos a salas de cine; esto tiene como correlato dos principios importante, el de soberanía del consumidor y el principio de buena fe” (Durand, 2016, p. 31). | -Soberanía del consumidor. -Decisión de consumo. | Ficha de observación |

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del estudio

A nivel internacional son citadas las siguientes investigaciones:

(Martinez, 2015), con su tesis titulada: “Límites al ejercicio de la libertad de empresa”, sustentada en la Universidad de Alicante, para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho, en la que se señalan las siguientes conclusiones:

- Los desafíos de la constitución económica en materia de libertad de empresa hacen necesario reflexionar sobre el establecimiento de principios rectores para la regulación del ámbito económico. En el caso de las medidas que se utilicen para aplicar específicamente los principios constitucionales a las actividades económicas que se realicen con las personas, así como para investigar las normas constitucionales y las leyes que establezcan formalmente los parámetros de desempeño económico de los poderes públicos. En este sentido, el papel del derecho constitucional es fundamental. Porque es necesario velar por el respeto a las normas

constitucionales en el orden oficial del Estado, para asegurar el buen funcionamiento del sistema económico, y al mismo tiempo, velar por el respeto a la justicia social y los principios del derecho. Es diferente. En la constitución.

Por otro lado, existe un problema que surge de la conexión entre las disposiciones de la constitución económica y el marco constitucional, y el límite son los valores y principios relacionados con la forma del estado de bienestar (Estado Social). Como en España, siempre debe formar parte de la constitución que garantiza el estado de bienestar democrático y sus leyes. En este sentido, la economía constitucional establece las libertades fundamentales para operar en relación con la democracia y el sistema de libre mercado, y por ende la libertad de empresa para manifestarse en iniciativas privadas, entre otras.

De la tesis incardinada, puede señalarse en relación a la problemática planteada, que la libertad de empresa debe ser defendida porque no se trata de cualquier derecho, sino de aquel que se encarga de uno esencial, porque permite la empresa y su libre accionar, desarrollo y permanencia; utilizando como metodología de estudio el método histórico y método comparativo.

(Velásquez, 2018) con su investigación titulada: “La protección de los derechos del consumidor o usuario, en el ordenamiento jurídico de la República Dominicana, a partir de la Ley No. 358-05”, para optar el grado académico de Doctor en Derecho, sustentada en la Universidad del País Vasco, siendo sus conclusiones las siguientes:

- Con respecto a lo establecido en la referida ley sobre las organizaciones de consumidores o usuarios y el rol de las mismas frente a lo que son las responsabilidades del sector público y privado, los derechos del consumidor o usuario se trataron de forma individual. Igualmente señalamos la dificultad que se presenta para el reclamo de sus derechos, dada la poca cultura y la falta de educación institucional para el fortalecimiento de los mismos.
- En este mismo esquema se impone de manera obligatoria establecer la cuestión que presentan los defensores de los derechos del consumidor o usuario, frente a la negativa de quienes representan los intereses de los proveedores al establecer el criterio de la falta de potestad sancionadora de Pro Consumidor con respecto a las faltas cometidas, si son o no, puramente cuestiones aplicadas al derecho administrativo. Siendo el parámetro a establecer entre una y otra cuestión, que en efecto Pro Consumidor sí tiene la potestad sancionadora, como se demostró.
- La razón de la inclusión sobre el tema de las Directrices de las Naciones Unidas, fue en repuesta a los altos niveles de exposición a través del comercio electrónico dada la relación de interés en las Directrices como base fundamental de los Derechos Humanos para el consumidor o usuarios. Bajo el entendido de que en un futuro será muy difícil lograr algún tipo de acuerdo o convenio internacional o regional, sobre comercio electrónico sin apelar a través de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para la creación de algún tipo de legislación regional con respecto a las compras y contrataciones a distancias.
- Además de ser base fundamental para lo que son los derechos del consumidor o usuario, las Directrices de las Naciones Unidas, tienen un carácter de aplicación

internacional. Por lo que, visto el esquema de las aperturas de nuevos mercados en el orden internacional, los consumidores o usuarios han quedado sometidos al libre comercio de los mercados con la debida protección y regulación por parte de los Estados signatarios de las Directrices antes mencionadas.

(Ríos, 2016) con su investigación titulada: “Derecho del consumidor, daños masivos y acciones de incidencia colectiva”, sustentada en la Universidad del Sur, para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Análisis Económico del Derecho, siendo sus conclusiones las siguientes:

- El sistema de defensa del consumidor no contempla expresamente el caso en que la pretensión sea acogida parcialmente. Es razonable interpretar que esa sentencia también extiende sus efectos a los integrantes del colectivo y les impide accionar por la parte no acogida, atendiendo a la fundamental similitud con el caso de la transacción y considerando la facultad de autoexclusión contemplada por el artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor.
- La integración de la clase a la que se extenderán los efectos de la sentencia en el proceso colectivo puede efectuarse de dos modos distintos. Por un lado, puede requerir la intervención activa de los interesados. Por otro lado, puede ser automática. Esta última regla reduce los costos de transacción en que deberían incurrir las partes aplicando la primera regla y facilita la integración de un grupo numeroso al que se extenderá el pronunciamiento colectivo.
- El Derecho favorece ese resultado, porque es un medio más eficaz que la alternativa para realizar las funciones acceso a la justicia y prevención de ilícitos. Es además

una regla eficiente, porque recrea la situación a la que arribaría el colectivo y el representante en ausencia de costos de transacción.

- La regla que otorga a los particulares la facultad de apartarse del proceso es una concesión al principio de autonomía de la voluntad. La eficacia de esa regla como mecanismo que permita a los particulares tomar conocimiento de la existencia del proceso colectivo y efectuar una elección fundada entre quedarse o apartarse del mismo, requiere un mecanismo de notificación más amplio que el actualmente existente en el Derecho argentino.
- De lo contrario, prácticamente no se distingue en sus efectos de la alternativa, que no contempla tal facultad. Ésta obliga a los interesados a impugnar el accionar del representante, en caso de que no les satisfaga, dentro de los márgenes del control de la representación, pero no da la opción de quedar fuera.

En el ámbito nacional, se citan las siguientes fuentes:

(Saravia, 2017), con su tesis titulada: “La vulneración del derecho a la libertad de empresa en la Ley N° 27665, respecto al pago de pensiones en centros y programas educativos privados”, sustentada en la Universidad Norbert Wiener, para la obtención del título profesional de abogado, señala las siguientes conclusiones:

- La Ley N° 27665, Ley de Protección de la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados vulnera el contenido esencial del Derecho a la Libertad de Empresa consagrado en la Constitución Política del Perú de 1993.

- La prohibición de la suspensión del servicio educativo a los consumidores deudores señalada en La Ley N° 27665 vulnera el contenido esencial, de organización o gestión, del Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú consagrado en la Constitución Política del Perú de 1993 (p. 198).

La investigación anterior es relevante para la presente en tanto que el derecho a la libertad de empresa implica la capacidad de crear organizaciones empresariales, dentro de los límites establecidos por la ley, suficientemente amplios, así como el derecho al trabajo por cuenta propia. Adquisición de instituciones existentes. Esto implica la libertad que tiene cada individuo, una libertad que no tiene el Estado, de acceder al mercado. Como metodología de investigación, considera el método inductivo-deductivo y el método sistemático. Como método de carácter particular.

(Motta, 2015) con su tesis titulada: “Derecho de elección de los consumidores mediante las declaraciones de los proveedores de alimentos envasados destinados al consumo humano”, sustentada en la Universidad San Martín de Porres, para la obtención título profesional de abogado, siendo sus conclusiones las siguientes:

- Respecto al planteamiento del primer objetivo se da a conocer en la presente investigación, que a pesar que los proveedores de alimentos envasados declaran mediante su rotulado o publicidad en envase, sobre los ingredientes que componen sus productos, resulta insuficiente para los consumidores, mediante las informaciones mínimas proporcionadas, poder determinar que un producto aporta o

no algún beneficio saludable al consumidor debido al desconocimiento o entendimiento por su parte.

- Asimismo se ha podido notar que, la importancia de constituir las declaraciones que manifiestan los proveedores de alimentos, destinados al consumo humano en sus envases, como una garantía del derecho de elección; debido a que ya se ha comentado la dificultad de erradicar la asimetría informativa en la industria alimentaria; pero que según las estadísticas proporcionadas, se requiere la atención urgente en cuanto a la cuidado sobre alimentación y nutrición de los consumidores en salvaguarda de su salud.
- Asimismo en el capítulo cuatro de la investigación presente, se identificó diecisiete manifestaciones que se realizaron por parte de los proveedores de alimentos envasados, manifestaciones que refieren los beneficios en la salud de estos alimentos, lo cual significa la gran importancia de la alimentación y salud de los consumidores, pero sin embargo al ser confrontadas desde niveles altos de sobrepeso y obesidad, añadido a las enfermedades no transmisibles, tales beneficios no han llegado al entendimiento de los consumidores, precisando así que en el presente capítulo se hace cumplimiento con el segundo objetivo de la investigación.

(Durand, 2015) con su investigación titulada: “El derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma”, para optar el grado de Doctor en Derecho, sustentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, siendo sus conclusiones las siguientes:

- La defensa de los consumidores actualmente está muy expandida a través de las asociaciones de consumidores que son en esencia una muestra de cómo la comunidad

organizada hace frente a los empresarios para defender sus derechos, en un mercado cada vez más lleno de presiones crecientes y extendidas.

- En el ámbito internacional el tema ocupa hoy un tratamiento privilegiado en las agendas de los gobiernos que cada día prestan mayor atención al tema, construyendo una base normativa sólida transparente y en armonía con el mercado para promover el desarrollo tanto de consumidores como de proveedores.
- Los gobiernos a través de entes supranacionales como el Parlamento Latinoamericano (Parlatino), la Unión Europea, Las Naciones Unidas, MERCOSUR, etc. están haciendo esfuerzos para promover una legislación sobre protección del consumidor de alcance continental, para lo cual el primer paso es fortalecer la legislación interna para luego armonizarla con la de otros países en la búsqueda de soluciones comunes para problemas comunes en materia de consumo.
- La nueva visión de la nación moderna debe plasmarse en la creación de confianza y transparencia en el mercado. Allí, el esfuerzo conjunto de empresarios y consumidores permite desarrollar y mantener la relación entre estos de manera sostenible, flexible y dinámica, resolver diferencias entre ambos, y los empresarios pueden escuchar a los consumidores. Entendemos que esta es una oportunidad comercial en el sentido de que se puede comprender las necesidades de los clientes para mejorar los servicios y ofertas de los empresarios y aumentar la satisfacción de la audiencia.

A nivel local no se han podido determinar referencias sobre el tema de investigación.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El derecho fundamental a la libertad de empresa

2.2.1.1. Generalidades del concepto empresa y la libertad de empresa

La empresa es reconocida como uno de los elementos integrantes del mercado, cuya existencia es esencial, sobre todo si tenemos en cuenta el conjunto de libertades económicas que nuestro sistema constitucional económico acoge. Por eso, en este acápite, más allá de la impronta que las ciencias administrativas dotan a su definición, queremos enfocarnos en su concepción económica y más aún jurídica, por ser de interés para la presente investigación.

La definición económica de empresa, tiene las siguientes acepciones que revisaremos en seguida:

Para (Coase, 1988, p. 35), la empresa, haciendo un paralelismo con el mercado, es un conjunto contractual de tractos sucesivos, cuyo origen consensual, implica jerarquías y organización, que actúan sobre un conjunto de transacciones, o sea sobre el mercado.

Según (Castañeda, 1998) la empresa representa la *“célula creadora de riqueza de que dispone la sociedad; una riqueza que permite el desarrollo económico y el consiguiente acceso a la cultura, la salud, la*

seguridad y todos los elementos que proporcionan calidad de vida” (p. 31).

En lo que se entiende de (Ricossa, 1990, p. 54), la empresa es en esencia, la unidad económica cuya dirección es asumida por el empresario asumiendo riesgos y responsabilidades, propios del capital.

La concepción jurídica de la empresa es un tanto más dispersa como veremos a continuación:

Para (Gherzi, 2016, p. 103), la empresa es el vehículo contractual que facilita las transacciones en el mercado, en tanto que es un medio de distribución de bienes y servicios y también de información, por lo que es un instrumento que dota de eficiencia al mercado.

En tanto que según (Hundskopf, 2000), la empresa es su definición, es una creación conceptual que se halla, en su origen, fuera del derecho, ya que deviene de las ciencias administrativas y económicas, por lo que *“[...] como instituto jurídico no existe en sentido puro”* (p. 90).

Para Endemman, citado por el maestro (Garrigues, 1987, p. 87), la empresa en el derecho debe de ser entendida como una unidad, que se representa por medio de la personalidad jurídica; siendo por ello, sujeto de derechos, responsabilidades y/o obligaciones.

Las libertades empresariales, en particular el derecho a la libertad de empresa, es a menudo consideradas como un derecho complejo que incluye elementos específicos que constituyen su contenido fundamental.

En primer lugar, la libertad de empresa significa la capacidad de crear una organización comercial suficientemente amplia y la libertad para adquirir una organización existente dentro de los límites prescritos por la ley. Esto significa que cada uno tiene libertades que el Estado no posee, y acceso a los mercados (Garrigues, 1987, p. 186). La libertad de acceso crea una obligación del Estado a las reglas del mercado y, al mismo tiempo el compromiso para apoyar la libre competencia, como veremos posteriormente.

Por otro lado, la libertad de empresa implica la capacidad organizativa interna de la empresa, la composición del órgano de gobierno, así como el nombre y la ubicación de la empresa. Este concepto implica una serie de limitaciones por razones de interés común, algunas de las cuales son controvertidas.

Cabe señalar que, como, la libertad de empresa incluye la llamada libertad de dirección, y lo mismo se relaciona con la producción, la inversión, la política comercial y la fijación de precios.

De manera fundamental, (Flores, 2002, p. 108) define a la empresa, en su sentido más lato como toda acción que de manera individual o

conjunta, está encaminada a la consecución de un fin determinado, aportando para ello esfuerzos y patrimonios.

2.2.1.2. Importancia de la empresa en el régimen económico de la Constitución Política de 1993

Nuestro régimen económico constitucional, es de una economía social de mercado, que se ve expresado en la cláusula 58° de nuestra Carta Magna. De ese modo, expresa la Constitución que bajo la economía social de mercado “*el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*”.

La economía social de mercado, desde el punto de vista de quien más ha divulgado y tratado el tema, el economista alemán (Müllen-Armack, 1976) se define como “*un sistema que combina la competencia sobre la base de la iniciativa libre de los individuos con la seguridad social y el progreso social*” (p. 31).

Por la definición formulada, se puede entender que la economía social de mercado se imbrica como un modelo mixto, entre la economía liberal y la economía de bienestar social, ofreciendo así un punto intermedio entre el control por parte del estado del mercado y los agentes económicos; y la economía liberal, donde el mercado y sus agentes se autorregulan.

Por ello, en su estructura, la economía social de mercado reserva para los agentes de mercado y el propio Estado los siguientes roles o principios generales:

- **Responsabilidad individual:**

Expresa (Rivadeneira, 2009), que este principio o fundamento se halla relacionado de forma directa “*con el rendimiento de cada uno de los individuos que componen la sociedad. La regulación debe tomar en cuenta que algunos de ellos tienen mayores ventajas que otros, por lo que es preciso intervenir para corregir esas desigualdades, en especial las que determinan las oportunidades*” (p. 75).

- **Solidaridad:**

La solidaridad como principio de la economía social de mercado, lejos del concepto de caridad, se refiere a la contribución en diferentes aspectos de diferentes actores al desarrollo social. En ese sentido, señala (Rivadeneira, 2009), que se debe guardar cautela en “*guardar especial cuidado en no extenderla al punto de generar “comodidad” en algún actor que desvíe su responsabilidad frente al conjunto de la sociedad*” (p. 39).

- **Subsidiariedad:**

La subsidiariedad, es un principio aplicable al actuar del estado en la economía, como limitante, *“que se convierte en la herramienta de corrección de las inequidades y procura la justicia social. Debe prestarse y aumentar en la medida en que los actores no puedan, por sí solos, desenvolverse con sus recursos propios. Su exceso crearía efectos perniciosos sobre los compromisos que tiene cada uno de los actores.”* (Rivadeneira, 2009, p. 15).

Ahora bien, de acuerdo a esta perspectiva, nuestra Constitución Política vigente, guarda también en algunos articulados, determinados principios, que reflejan los que anteriormente hemos expresado. Así pues, estos se encuentran señalados de manera taxativa, unos, y de forma implícita otros, a lo largo de todo el capítulo I del título III, respecto del régimen económico constitucional.

El Tribunal Constitucional, para mejor entender, ha desmembrado en forma de derechos aquellos principios que modelan la economía social de mercado, bajo la expresión de determinadas libertades económicas; así pues en la sentencia que se deriva del expediente N° 0008-2003-AI/TC, a partir de sus fundamentos 26 y siguientes el Tribunal ha enlistado un conjunto de libertades que considera son sustanciales al régimen económico; empero nosotros nos ceñiremos a mencionar a aquellas que más nutren los argumentos a nuestra tesis en lo referido a las libertades empresariales, como son:

1) La libertad de comercio:

Establecido en el art. 59° de la Constitución, es el derecho a optar por organizar y ejercer una actividad relacionada con el intercambio de bienes o servicios, con el fin de satisfacer las necesidades de los consumidores o usuarios. Esto debe hacerse de acuerdo con la ley.

Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal (Kresalja, 2004, p. 70).

2) La libertad de industria:

Establecido en el art. 59° de la Constitución, constituye el derecho a elegir y actuar, a su discreción, en el ámbito de la actividad económica con el fin de realizar un conjunto de actividades con el objeto de obtener y / o intercambiar uno o más productos.

Así pues en se escenario, como explica el profesor constitucionalista (Ochoa, 2011, p. 41), la importancia de la empresa al interior del régimen económico constitucional es medular, ya que es uno de los agentes primordiales de actuación en el mercado de libre competencia que plantea el mismo régimen económico de la economía social de mercado.

Nuestro Tribunal, también ha expresado la importancia que tiene la empresa como unidad económica en el mercado, y así lo ha dejado entrever en la sentencia que recae sobre el expediente N° 0048-2004-PI/TC

2.2.1.3. Derechos inherentes a la libertad de empresa desde la Constitución

La libertad de empresa, consagrada en el artículo 59°, es uno de los derechos que da expresión a las libertades económicas que la Constitución Política reconoce.

El profesor (Ochoa, 2011, p. 109), señala que la libertad de empresa, es uno de los elementos capitales de las denominadas libertades económicas, tanto así, ellas se hallan reflejadas en el núcleo duro de aquella. En ese sentido, como refiere el citado profesor, la libertad de empresa, es un derecho pluridimensional, pues guarda una estrecha relación con un amplio sector de otros derechos económicos y fundamentales.

En el derecho comparado, desde la doctrina española, (Paz & Alfaro, 2002, p. 52), opinan que la libertad económica de empresa se halla expresado en la libertad individual y la dignidad de la persona, por lo que adquiere la jerarquía de un derecho fundamental y por lo mismo inherente.

Por otro lado, para (Ariño, 2003, p. 16), el contenido esencial de la libertad de empresa, se expresa a través de las siguientes libertades:

- La libertad de creación de empresa.
- La libertad de organización.
- La libertad de competencia.
- La libertad para cesar las actividades en el mercado.

Así también en la sentencia contenida en el expediente N° 3330-2004-AA/TC, el Tribunal define a la libertad de empresa como: *“el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual”*.

(Ariño, 2003, p. 49) señala que la empresa organiza la producción y distribución, posibilitando la producción de bienes y servicios que el Estado no puede o no debe poder ofrecer. Recordamos que la empresa satisface las necesidades, es decir, lo que los consumidores lo quieren. No distingue su necesidad por el organismo que brinda el servicio, solo les pide que las satisfagan.

La libertad para emprender es uno de los derechos humanos extraordinarios más grandes posibles en una república democrática, reaccionando directamente a lo que produce, cuando es necesario. La capacidad de ser autosuficiente, es decir, los seres humanos crean su

propia autosuficiencia construyendo la satisfacción de sus necesidades, volviéndose autónomos y desarrollando su propia personalidad. (Ochoa, 2011, p. 89).

Otro factor para mostrar la categoría constitucional a la libertad de empresa es la necesidad o tendencia a realizar funciones sociales, es decir, promover el interés público.

(Coase, 1988, p 90) Indica que una libre empresa incluye una forma de vida, o la defensa de éste. Sin embargo, debe quedar claro que no todas las formas de obtener un medio de supervivencia pueden considerarse protegidas por el derecho a la libertad de empresa. Por eso, la mafia utiliza la acción y la violencia como medio de vida y esto no puede ser considera protegida y viceversa. Es decir, solo se protege la libertad de empresa, que es un acto o medio de vida, y no al revés.

El reconocimiento constitucional del derecho a la libertad empresarial trasciende todo, entre otros derechos humanos inherentes, a través del reconocimiento de todas las actividades productivas, comerciales, de transporte y creativas. La libertad de emprender no está relacionada con una entidad ficticia o jurídica denominada empresa, sino con un individuo, es decir, un individuo sujeto a determinadas condiciones de producción y la regulación de conducta derivada de estas condiciones. (Gherzi, 2016, p. 89).

2.2.1.4. Derechos sujetos a la libertad de empresa

El contenido esencial de la libertad de empresa, expresado en las libertades económicas, ha sido materia de desarrollo jurisprudencial por parte de nuestro Tribunal Constitucional. En ese sentido, una sentencia que tiene la calidad de referente jurisprudencial es la que se cierne sobre el expediente N° 3330-2004-AA/TC; en ella el Tribunal ha enlistado un conjunto de derechos que representan el contenido o núcleo duro de la libertad de empresa, lo que la hace viable en su ejercicio y defensa, ello tomando como referencia lo previamente desarrollado por el profesor (Kresalja, 2004, p. 15):

- 1) En primer lugar, el libre acceso a empresas y mercados significa libertad para realizar actividades económicas y se entiende como libertad para crear empresas y competir en el mercado. Este tema se puede analizar con más detalle en adelante.
- 2) En segundo lugar, la libertad de organización proporciona opciones libres como la elección del objeto, nombre, dirección, tipo de negocio o empresa comercial, privilegios de administrador, política de precios, crédito y seguro, política de recursos humanos y publicidad, etc.
- 3) En tercer lugar, está la libertad de competencia.

- 4) Finalmente, la libertad de suspender una actividad es la libertad de ordenar el cierre de una actividad que consideremos más adecuada en el momento más oportuno.

2.2.1.5. Límites a la libertad de empresa

Así como la libertad de empresa, se expresa a través de un conjunto concreto de libertades económicas, las mismas encierran límites constitucionales dentro de la misma Carta Magna.

En ese sentido, el artículo 59° de la Constitución, proclama que: *“El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”*.

En acuerdo a lo indicado en la Constitución, el Tribunal ha indicado, en el fundamento 15 de la ya reiterada sentencia que recae sobre el expediente N°0048-2004-PI/TC, los límites de la libertad de empresa de acuerdo a su interpretación: *“la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos”*.

En reiterada y unificada jurisprudencia, el TC prevé el contenido esencial de los derechos que integran el sistema económico de la Constitución de 1993, como la llamada libertad económica, libertad de

contratación, libertad empresarial, iniciativa privada y libertad de competencia. Con la excepción de los principios rectores de un estado en particular y el modelo económico que sigue, no se puede entender su verdadera dimensión dentro de los límites del poder estatal.

En el caso de Perú, esto significa que las disputas sobre estas libertades deben resolverse sobre la base de la interpretación de la Constitución sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución) y la economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución).

En la economía social de mercado, la libertad empresarial, así como la iniciativa privada, el comercio, la industria y la libertad competitiva, se consideran la base del desarrollo económico y social de un país, una sociedad democrática y multidimensional. De acuerdo con esta idea, el artículo 60° de la Constitución Política reconoce claramente la multiplicidad económica, y la empresa tiene las características d que promueve el desarrollo y mantenimiento de la economía nacional (STC 01963-2006-AA/TC).

En este sentido, el derecho a la libre empresa es un derecho fundamental para garantizar que todos los ciudadanos participen en la vida económica del Estado, y los poderes públicos lo respeten, tal como se

especifica en los artículos 58° y 59° de la Constitución. No solo se debe hacer, sino orientar, promover y estimular.

Para ello, los Estados pueden eliminar obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios y los efectos que limiten, impidan, restrinjan o distorsionen la libre competencia. Las prácticas deben eliminarse. Deben desarrollarse y ponerse en marcha todos los mecanismos legales necesarios para proteger la libre competencia. Por dicha razón, el artículo 61° de la Constitución reconoce que el Estado: a) facilita y vigila la libre competencia; b) combate toda práctica que limite la libre competencia; y c) combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (Coase, 1988, p. 14).

Por tanto, cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de una empresa, garantiza a todos no solo la constitución de la empresa, sino también la libertad de decidir (libertad de la Constitución de una empresa) y por tanto de actuar en el mercado (libre acceso) no solo puede establecer sus propios objetivos (libertad para organizar a sus empleadores) y dirigir y planificar sus actividades. Sino también la libertad para detener o salir del mercado (Ariño, 2003, p. 86).

Lógicamente, la Constitución garantiza el inicio y mantenimiento de la actividad económica en condiciones libres a través del derecho a la libertad empresarial. Asimismo, el desempeño o permanencia de la

actividad económica y agentes en el mercado en igualdad de condiciones, y el mantenimiento de la existencia de la empresa.

El contenido de la libertad de empresa abarca tres libertades diferentes:

- a) **Libertad de acceso al mercado:** Cualquier agente económico, público o privado, inicia cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida mediante la constitución de una empresa o la adquisición de una existente en las mismas condiciones. Esta libertad se extiende a todas las actividades o sectores económicos. (Garrigues, 1987, p. 71).
- b) **Libertad de ejercicio o de permanencia en el mercado:** El empresario es libre de decidir sobre la organización interna y externa de la empresa y la forma en que se llevan a cabo las actividades económicas de acuerdo con las leyes aplicables.
- c) **Libertad de cesación o de salida del mercado:** El empresario tiene derecho a detener el desarrollo de su negocio en cualquier momento. En este sentido, por ejemplo, existe la posibilidad de contramedidas colectivas en caso de conflicto que pueda llevar al cierre, aunque existe un límite para garantizar el funcionamiento de los servicios esenciales a la comunidad. (Ariño, 2003, p. 197)

2.2.2. Derechos del consumidor

Uno de los pilares del mercado, si no es que acaso es el protagonista de él, es el consumidor. La protección de sus interacciones en el mercado por lo tanto resulta una tarea fundamental, lo que ha dado origen al llamado derecho del consumidor. Esta es una rama de no tan reciente estudio, empero su desarrollo aún se encuentra en auge, devenido quizás de las complejas y cada vez más exigentes relaciones consumidor–promovedor.

Al respecto, el profesor (Durand,, 2016), señala en su definición de derecho de consumidor que este se conceptualiza como: *“el conjunto de medidas legales adoptadas por un Estado con la finalidad de defender la capacidad adquisitiva de su población, cautelar su salud y seguridad física frente a la administración de determinados productos y servicios”*.

En nuestro ordenamiento, el derecho del consumidor, o del usuario, si queremos utilizar un término un tanto más amplio, se encuentra regulado por un conjunto de normas que protegen las relaciones de consumidor y adquisición de bienes y servicios, ya sea que estos se encuentren en sectores especializados, como es el caso de los servicios de telefonía. Aun así, la norma marco, digamos, es el Código de Protección y Defensa del Consumidor, dado por la Ley N° 26571. Hacemos referencia a ella pues queremos considerar los principios que regula para nuestro estudio, los mismos que se hallan consignados en el Artículo V del título preliminar:

- a) **Principio de Soberanía del Consumidor:** Las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos.
- b) **Principio Pro Consumidor:** En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores.
- c) **Principio de Transparencia:** En la actuación en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. La información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente Código.
- d) **Principio de Corrección de la Asimetría:** Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado.
- e) **Principio de Buena Fe:** Al actuar en el mercado, los consumidores, proveedores, asociaciones de consumidores y sus representantes deben orientar su conducta de acuerdo con los principios de buena fe, confianza y lealtad entre las partes.

- f) **Principio de Protección Mínima:** El Código de Protección al Consumidor incluye estándares mínimos para la protección del consumidor y no impide que los estándares de carácter sectorial ofrezcan un mayor nivel de protección. (Gutierrez, 2006, p 91).

- g) **Principio Pro Asociativo:** El Estado facilita el funcionamiento de las asociaciones de consumidores o usuarios en el marco de la actuación responsable y de acuerdo con lo dispuesto en este Código.

- h) **Principio de Primacía de la Realidad:** En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan (Sumar, 2018, p. 31).

2.2.2.1. Noción de consumidor y su protección

Para poder entender que es el consumidor, en conformidad con las normas que protegen su interacción con el mercado, hemos de señalar primero la concepción que la doctrina ha desarrollado sobre él.

Para (Durand, 2016), el consumidor es el *“individuo o grupos de individuos que consumen o utilizan bienes económicos, aprovechando así la utilidad de éstos. [En ese sentido...] es el sujeto activo de los derechos del consumo, el mismo que puede tener diversas características, convirtiéndose así en: consumidor individual o final, y consumidor colectivo”* (p. 31).

Desde una perspectiva general, para (Flores, 2002), *“el consumidor constituye la persona o entidad que representa el fin de la actividad de producción, esto es, es aquella que cierra el ciclo de producción por medio de la satisfacción de sus necesidades por intermedio de bienes y servicios, los mismos que son ofertados por el mercado”* (p. 14).

Ahora bien, la noción normativa de consumidor, nos traslada hacia otros escenarios, los mismos que también han provocado polémica en su tratamiento doctrinario, sobre todo en lo referente al llamado “consumidor razonable”; empero de ser un tema interesante, no es ámbito de nuestro estudio. Así el Código de Protección y Defensa Del Consumidor ya citado acápite arriba, en el artículo IV, contiene tres acepciones para definir lo que este entiende por consumidor, así pues con esta calificación se les conoce a:

- 1) “Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

- 2) Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.
- 3) En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta”.

La necesidad de la protección del consumidor, según queda este expresado y definido, tanto en la doctrina como en la norma hace referencia o eco, del *“compromiso asumido por el Estado a través de sus órganos tutelares pertinentes y a las atribuciones conferidas a las asociaciones de consumidores con el fin de desplegar una actividad destinada a evitar la violación de los derechos de los consumidores”* (Durand, 2016, p. 14).

En se sentido, la protección atribuida al consumidor, puede definirse y equipararse en esencia, como *“una política pública del Estado destinada a promover una cultura de consumo responsable en toda la sociedad a fin de que los actores de la comunidad asuman el rol que les corresponde responsablemente”* (Durand, 2016, p. 14).

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, en su jurisprudencia también ha explicado el marco de protección del consumidor, su necesidad e importancia, conforme al modelo constitucional. Así pues, como cita (Gutierrez, 2006), este organismo ha

señalado que: *“debe tenerse en cuenta que la protección al consumidor se desarrolla en el ámbito de una economía social de mercado; esto es de un sistema en que la interacción entre oferente y demandantes”* (p. 42).

El Tribunal Constitucional también ha esgrimido una justificación de la protección del consumidor en nuestro ordenamiento normativo, y lo ha hecho al respecto de la interpretación del citado principio pro consumidor

De este modo, en la sentencia que recae en el expediente N° 018-2003-AI/TC, el último intérprete de la Constitución ha indicado que, por intermedio del principio pro consumidor se: *“defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras. Por ende, tal responsabilidad conlleva la aplicación del principio pro consumidor, generando así que en todo acto de creación, interpretación e integración normativa”*.

2.2.2.2. El derecho del consumidor a través de la Constitución Política vigente

El consumidor y el derecho de consumo, por lo tanto; también ha sido objeto de mención por la Carta Magna, a través de su artículo 65°, en el que se menciona que: *“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”*.

Al respecto nuestro Tribunal Constitucional se ha expresado en su definición normativa, indicando mediante la ya citada sentencia que recae en el expediente N° 0008-2003-AI/TC, fundamento 30, que: *“la Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo”*.

Del mismo modo, en la sentencia que recae sobre el expediente N°1535-2006-PA/TC, el Tribunal ha indicado que, así como se protegen las libertades económicas de la libertad de empresa e industria, entre otras ya indicadas, también con igual esmero, se protegen los derechos de los consumidores. En ese sentido, estos representan el fin último de toda actividad económica.

2.2.2.3. La libertad de consumo

La libertad de consumo, no es una garantía o derecho que se encuentre expresado de forma tácita en nuestro ordenamiento constitucional, empero, se halla como una garantía política establecida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, señalado en su artículo VI del título preliminar, en su numeral 9, así pues se señala que: *"el Estado promueve el consumo libre y sostenible de productos y servicios, mediante el incentivo de la utilización de las mejores prácticas de comercialización y la adecuación de*

la normativa que favorezca su diseño, producción y distribución, con sujeción a la normativa ambiental”.

Otros en la doctrina, señalan que la determinación del contenido de la libertad de consumo, se halla sujeto a la libertad económica de libre contratación, como lo explica por ejemplo (Ochoa, 2011).

Empero de lo anterior, lo fáctico es que la libertad de consumo es una garantía que pretende limitar el acceso del consumidor no solamente al producto o servicio, sino a las cargas implícitas en él, como son la información y los recursos anexos a su materialización.

2.2.2.3.1. Regulación, empresa y libertad de consumo: a propósito de polémica por la venta de comida en los cines en el Perú

En nuestro país, es de reciente polémica la decisión tomada por el Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual - INDECOPI, respecto de la prohibición de los cines en el acceso de otros productos alimenticios; ello a partir de una denuncia administrativa incoada por la Asociación Peruana De Consumidores – ASPEC.

Mucho se está discutiendo respecto de la necesidad y constitucionalidad de esta intervención del estado respecto de la

actividad de mercado de una empresa, en favor del derecho de los consumidores.

Dentro de las posiciones que suman en favor de la decisión tomada por el INDECOPI, se encuentran las fundadas por el profesor (Durand, 2018), para quien la decisión *“es clara y establece que se puede llevar alimentos equivalentes o iguales a los que venden en las salas de cine, además, deja en claro que se debe de evitar el ingreso de productos que por razones de higiene, seguridad u otros, causen daño a la infraestructura del local o a otros consumidores”* (p. 43).

Lo que ha hecho la Sala [De protección del consumidor del INDECOPI], es otorgar a los consumidores sus derechos para que puedan ingresar al teatro con bocadillos, chocolates, bebidas y más. La misma resolución establece que los productos son similares o equivalentes a los que se venden en los cines y no pueden incluir especialidades peruanas como arroz con pato, arroz con pollo, ceviche, entre otros para disfrutar de una película. No se tiene que ser tan inteligente para darse cuenta de esto. En las redes, algunas personas "serias" no han hecho nada para impulsar la discusión o construir una cultura de consumo responsable para nuestro mercado. Entendemos que las redes suelen ser "salvajes" y pueden reconocer diferentes tipos de chacotas a través de memes,

imágenes, etc., pero la justificación académica para este tipo de especulaciones es inaceptable. (Durand , 2018, p. 13).

Las posiciones en contra de este intervencionismo sospechado, se halla en lo redactado por (Sumar, 2018), para quien, la medida adoptada por el INDECOPI, resulta ser una suerte de encubrimiento en la regulación de precios, de modo que, según señala el citado:

No hay ninguna razón (económica o social) para regular los precios de la comida en el cine limitando el modelo de negocio del cine. Los precios de los cines se explican principalmente por la "discriminación de precios". Esta no es solo una práctica común, sino que beneficia a las empresas, los consumidores y la sociedad en su conjunto. Se puede argumentar que existe un sesgo fundamental en los precios de las entradas al cine (que es la única razón técnica potencial de la decisión del Indecopi), pero sin evidencia de ello es indiscutible, no fue argumentado ni apoyado por Indecopi, y no se podría llegar menos aun a la regulación de precios. (Sumar, 2018, p. 49).

El derecho del consumidor en nuestro país recién apareció con el Decreto No. 716 de 1991, aunque mucho antes se planteó la preocupación por proteger sus derechos.

2.2.3. Doctrina constitucional sobre el derecho del consumidor

El derecho del consumidor es un derecho que busca otorgar un enfoque diferente respecto a la normativa vigente desde un sentido particular.

Así, al comentar (Polo, 2000) La Proclamación Constitucional de 1978 sobre los Principios de Protección al Consumidor y Usuario en España se refiere no solo al derecho contractual (como en el caso de las cláusulas contractuales anteriores), sino también a la salud, también demuestra que una reorganización legítima de la seguridad, es necesario e involucra el medio ambiente, la información del consumidor y usuario, la protección de la competencia, la publicidad de productos y servicios y la responsabilidad por daños y en última instancia la protección del interés económico del consumidor y usuarios en el contrato, la protección como hemos dicho, es especial cuando se ha concluido mediante el uso de los denominados términos generales del contrato establecidos por la empresa de forma unilateral de antemano.

Es de suma importancia considerar lo anterior para hacer una caracterización del derecho del consumidor como un derecho enteramente autónomo o sujeto a otra disciplina. Esencialmente, tiene características únicas como la previsibilidad y la integración, y fue elegido para ser considerado autosuficiente en su búsqueda esencial para reparar el daño al consumidor.

Sin embargo, lo que distingue a este derecho es la forma diferente de abordar la controversia y el aplicarla. Si el derecho decimonónico preservó la solidaridad individualista tan poco solidario, los derechos del consumidor dictaron la integración de estándares de solidaridad y colectividad.

Por otra parte, la atribución de autonomía a este derecho no debe implicar un derecho estatutario, es decir, un derecho especial y explícito en sentido absoluto. Los derechos del consumidor son significativos siempre que se consideren generalmente parte de la construcción de la ciudadanía, siempre que se tenga en cuenta la protección humana.

Asumir que el consumidor es una categoría jurídica (y económica) - Como se afirma (Vega, 1999), - tiene como único propósito delimitar la implementación de los estándares de protección, pero no distinto a la totalidad que encierra el ser humano: “Consumidor somos todos, incluso los proveedores o quienes actúan en nombre y representación de ellos una vez que se despojan de esa condición”.

Por tanto, se dice que los derechos del consumidor son derechos humanos. Esto parece vislumbrar las Naciones Unidas y otras convenciones europeas mencionadas en la línea anterior.

Por otra parte, no hay forma de asumir la protección del consumidor. Por tanto, desde el inicio se permite la protección basada en la intervención estatal y se limita a corregir las fallas del mercado como en nuestro caso, el Decreto Legislativo N° 716, muestra que es un mecanismo de mercado que tiende a combatir la asimetría de información y, cuando se rectifica, puede satisfacer las expectativas de los consumidores.

También la intervención del estado sería otra forma, con la finalidad de proteger a los consumidores, como se mencionó anteriormente, de los precios regulados o regulados o de medidas de política económica como los costos. Fue

probado en nuestro país en la década de 1970, donde el mecanismo del mercado está dependiendo de la política económica.

En general, se acepta que el derecho del consumidor tiene como principal función mantener la integridad psicofísica de la persona, que en palabras de (Bullard, 2011) constituiría el principal interés del consumidor.

De esta principal función, podría deducir que el prevenir y reparar aquellos daños que se ocasionaron a los consumidores son específicos de las directivas legales de las diferentes naciones.

En palabra de (Bullard, 2011), el derecho del consumidor tiene la función primordial, el mantener condiciones de integridad psicofísica de la persona, ya que las condiciones que se mencionaron han sido amenazadas “por la transformación del consumidor en un objeto del mercado de masas, blanco de presiones materiales y espirituales surgentes de fenómenos de producción, promoción y distribución, sistemáticamente organizados por la gran empresa. La estrategia se lleva a cabo mediante prácticas comerciales a menudo abusivas, y que pueden alcanzar el extremo de poner en peligro la salud y la seguridad de los individuos”.

De igual forma, esta situación de amenaza a largo plazo a la integridad humana es común a realidades fundamentalmente diferentes, haciendo observaciones comparativas que provocan la imposición al empresario y la aceptación del riesgo inherente a los consumidores. Informar de una forma adecuada al consumidor sobre los Bienes y Servicios; establecer pasos simples y rápidos para que sean retirados del mercado cuando presenten un riesgo, las

decisiones sobre productos que pueden causar daños, entre otras cosas, requiere una aprobación armonizada.

Es importante señalar- como dice (Vega, 2011)- , que dentro de lo que consideramos como el derecho del consumidor, está incluido el derecho a la salud: “En sede de derecho del consumidor, el concepto de salud no es más un deber impuesto al Estado. Es un límite infranqueable que no puede ser desconocido ni pasado por alto por proveedores ni empresas publicitarias. Es un concepto que, por ende, también es susceptible de ser invocado en las relaciones jurídicas privadas” (p. 176).

Del mismo modo y siguiendo a (Vega, 2011)-se puede mencionar que la defensa de los intereses económicos del consumidor es una función propia de este derecho: “el aprovechamiento de los consumidores por la empresa, del cual deriva la desigualdad en las relaciones creditorias, entraña de ordinario peligros de naturaleza económica. En efecto, la frustración del fin del contrato, o el daño aquiliano, expanden sus efectos, entre los bienes del consumidor, primordialmente sobre su patrimonio” (p. 64).

Del mismo modo, una de las características clave y que a menudo se pasa por alto es la opinión divergente de que los derechos del consumidor están dictados por regulaciones existentes y, a menudo, aparentemente inverosímiles. No solo existen diferentes normativas legales, sino que el derecho del consumidor está integrado muy especialmente. También es la atribución de distintas formas a normativas claramente alejadas de los intereses de los consumidores. Por tanto, existe una tendencia a integrar áreas como el derecho de la competencia, el

derecho de publicidad y propiedad industria, y también – como menciona (Beaumont, 2014) – sobre la normatividad respecto a la reestructuración patrimonial.

Según lo dispuesto por la Constitución anterior, el Título III (Régimen Económico) fue asignado la Constitución actual. Sin embargo, surgieron algunas variaciones cuando se adoptó un modelo neoliberal estricto y ortodoxo. En este modelo está muy claro que la constitución anterior no tenía la flexibilidad adecuada.

El Estado solo juega un papel en el seguimiento de aquellas reglas que se establecen para el desarrollo del mercado y actúa exclusivamente en las áreas de salud, promoción de empleo, seguridad ciudadana, infraestructura y servicios públicos.

Respecto a la intervención económica estatal, que jugó un papel en el impulso del modelo neoliberal que acepta la Constitución anterior, a la actualidad no existe en la medida necesaria.

El estado nos habla en el art. 58 °, desarrollo directo y priorización de la reanudación de la economía para sector privado. Según este punto de vista, el Estado puede realizar actividades comerciales directa o indirectamente para el alto interés público o para la conveniencia explícita del Estado sólo mediante una ley clara (art. 60°).

Con lo anterior señalado, se da reconocimiento al pluralismo económico, configurándose como en la Constitución ya derogada, la coexistencia de una

variedad de formas de empresa y propiedad. Podemos entonces llegar a la conclusión la aceptación del principio de subsidiariedad del Estado, como no admitido en la constitución anterior.

Asimismo, se menciona el sistema económico social de mercado (artículo 58), pero según los demás principios reconocidos en el Título III, Lucas Verdu demuestra que se trata de una economía de mercado capitalista, nuevo, hay que tenerlo en cuenta en el sentido. Fortalecer el sistema capitalista periférico y subdesarrollado, promover la concentración privada de los medios de producción y la distribución reflexiva del ingreso.

Otra variante distingue la enajenación de bienes no solo realizado dentro del marco de la ley en armonía con el interés público (art. 70°), sino también sustituyéndola por referencias al interés público. Sin embargo, la protección excesiva de la propiedad privada resultante de un entusiasmo excesivo por la expropiación, que solo puede ser objeto de expropiación por razones de seguridad pública y otras razones de necesidad, es considerada una causa declarada por la ley (art. 70°). Anulando la causa de intereses sociales establecida en la Constitución derogada.

Asimismo, se eliminan todas las referencias a la planificación, incluso en casos nominativos, a diferencia del constitucionalismo moderno.

Un Estado al que se le asigna un papel de vigilancia contra la libre competencia (art. 61°) se convierte en una función que lo limita y se opone a cualquier práctica de abuso de su posición dominante y monopolista. No hay ley ni concertación pueden aprobar ni establecer un monopolio.

La inversión nacional y la inversión extranjera están sujetas a las mismas condiciones (artículo 63°), lo que demuestra que la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres.

Por tanto, el Estado estipula claramente que protege los intereses de los consumidores y usuarios (art. 65°) y garantiza el derecho ser informado de los bienes y servicios disponibles en el mercado.

César Ochoa afirma que el fundamento básico de la constitución actual es el principio de subsidiariedad, el principio del pluralismo económico, la economía social de mercado, la libertad de competencia, la protección al consumidor y la seguridad de las inversiones, nacionales y extranjeras.

(Fernández, 2009) nos dice que la Constitución de 1993 eligió una ortodoxia liberal. Ya no es más – nos señala – los principios de fijación de precios que inspiran los sistemas económicos, como la justicia social consagrada en la Carta de 1979: "Nos enfrentamos a un paradigma liberal clásico. Esta es la" economía social de mercado". El Congreso inicialmente se opuso a la inclusión de la Constitución, el adjetivo "social", el cual fue incluido sin mucha discusión en el parlamento democrático constituyente como norma. El caso es que no se traduce en el ámbito constitucional en unas consecuencias concretas".

Por otra parte, (Bernales, 2010) haciendo una comparación entre la Carta de 1979 y la vigente manifiesta: "si esta (Carta de 1979) se mantenía al margen de las connotaciones ideológicas y se concentraba en dejar enunciadas las orientaciones pertinentes a la consecución del desarrollo nacional y el estado de bienestar, la actual opta resueltamente por disposiciones en las que el perfil

ideológico del neoliberalismo resulta visible” y concluye diciendo: “esta orientación privatista de la Constitución que ha sido radicalmente asumida por el gobierno que la promovió, rebasando - inclusive- las propias previsiones constitucionales”.

Esta Constitución nos permite establecer claramente lo preceptuado en las leyes especiales de protección al consumidor y competencia.

Por tanto, ratificando lo dicho, que se establece en los artículos 61° y 65°. El primero indica que el Estado se adhiere a la facilitación y fiscalización de la libre competencia, frente a cualquier comportamiento que la restrinja, como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. . Ninguna ley o acuerdo puede autorizar o establecer un monopolio. Así, lo establecido en la legislación antimonopólica (D.L.701) y el acceso a los mercados (D.L. 757).

El artículo 65° establece que las agencias reguladoras estatales protegen los intereses de los consumidores y usuarios y garantizan el derecho a la información sobre los bienes y servicios disponibles en el mercado. Además, el Estado vela por la salud y seguridad de las personas. Esta norma incluye normas establecidas para la protección del consumidor (D.L.716) y publicidad (D.L.691), la competencia desleal (D.L.26122), incluidas en nuestra normativa con anterioridad.

Es importante enfatizar que la elección es la defensa de la libertad del consumidor. Porque toda la problemática radica en la existencia de asimetría de información en la relación entre empresas y consumidores. Entonces, una vez que se remedia esta asimetría, será un mercado que podrá satisfacer las expectativas

de los consumidores. Se trata de la función asignada al estado. Esto, contrariamente a lo que establece la Constitución de 1979, no puede interferir con la economía después de adoptar una política liberal estricta.

2.3. Definición de conceptos

2.3.1. Derecho fundamental a la libertad de empresa

Según (Gherzi, 2016) “es la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tiene como marco una actuación económica auto determinativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar” (p. 43).

2.3.2. Derecho del consumidor

El profesor (Durand, 2016) menciona que a nivel general, los derechos del consumidor como un conjunto de medidas legales que toma el Estado para proteger el poder adquisitivo de las personas, proteger la seguridad y salud de las personas, regular ciertos productos y servicios, y garantizar la utilidad o la capacidad de los bienes obtenidos y / o contratados para satisfacer las necesidades de los consumidores.

2.3.3. Libre iniciativa privada

Incluye el intervencionismo estatal, en el que el sector privado, el sector libre o el sector privado de la economía dominan al sector público. Cuando la

propiedad privada (libre o individual) prevalece sobre la propiedad pública, En libertad económica y libre competencia (Ochoa, 2011).

2.3.4. Soberanía del consumidor

Los estándares de protección al consumidor alientan a los consumidores a tomar decisiones libres e informadas que guíen al mercado para mejorar la condición de sus productos o servicios.

2.3.5. Derechos del consumidor

Los derechos del consumidor forman parte de un nuevo grupo de derechos junto con los derechos individuales, y su protección debe ejercerse como grupo. El hecho de que el derecho del consumidor sea un campo relativamente nuevo no significa que no haya sido relevante para los consumidores en el pasado. (Martinez, 2015).

2.3.6. Consumidor

Desde un aspecto subjetivo, los consumidores asumen que todo ciudadano es considerado consumidor y, como tal, merece ciertos derechos en sus actividades diarias. Tanto las personas naturales como jurídicas se benefician, utilizan o compran productos o servicios tangibles e intangibles como consumidores finales en beneficio propio o de su familia o grupo social, y actúan de manera diferente a una actividad comercial o profesional.

El usuario o el consumidor es el fin de toda actividad económica; Es decir, son ellos quienes estrechan el círculo económico, satisfacen sus necesidades y aumentan su nivel de satisfacción mediante el uso de una amplia gama de

productos y servicios. Estrictamente hablando, es una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o se beneficia de determinados productos [como consumidor] o servicios [como usuario] que han sido ofrecidos en el mercado antes (Ariño, 2003).

2.4. Marco Formal o Legal

- Constitución Política del Perú de 1993:

Artículo 58°. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

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

(...)

Artículo 61°. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de

expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

(...)

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

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Método de investigación

Se utilizó el método inductivo y deductivo. El método inductivo consiste en: “aquella que va de los hechos particulares a afirmaciones de carácter general. Permite analizar casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general. Es muy importante por cuanto fundamenta la formulación de las hipótesis, la investigación de leyes científicas y las demostraciones” (Dolorier, 2008, p. 112). En tanto el método deductivo consiste en: “aquella que parte de datos generales aceptados como válidos para llegar a una conclusión de tipo particular. Mediante ella se aplican los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios” (Bazán, 2010, p. 90).

Dichos métodos se emplearon en la presente investigación con la finalidad de conceptualizar las variables de estudio propuestas, y desarrollado el marco teórico según el cuadro de operacionalización de variables.

3.2. Tipo de investigación

Es de tipo básico, según (Arnao, 2007) “Se caracteriza porque parte de un marco teórico y permanece en él; la finalidad radica en formular nuevas teorías o modificar las existentes, en incrementar los conocimientos científicos” (p. 62). Es básico, porque la presente investigación fue realizada partiendo de criterios empleados por las corrientes doctrinarias de la libertad de empresa y el derecho de los consumidores, propuestas a nivel nacional e internacional.

3.3. Nivel de investigación

De nivel explicativo, definido como el nivel de investigación que (Valderrama, 2002) “va más allá de la descripción de conceptos, fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos (...) su interés se centra en descubrir la razón por la que ocurre un fenómeno determinado, así como establecer en qué condiciones se da este, por qué dos o más variables están relacionadas” (p. 45).

En este sentido, la investigación consiste en evaluar si existe una relación entre la libertad de empresa y los derechos del consumidor, y constituye un estudio fundamental de las causas e implicaciones del problema planteado.

3.4. Diseño de investigación

Se utilizó el diseño de investigación de carácter no experimental, que según (Kerlinger, 1979, p. 32) “es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos o a las condiciones”.

En la presente investigación, las variables que han propuesto no fueron modificadas y/o alteradas de forma intencional, sino fueron objeto de estudio tal y como están conceptualizadas en la teoría, tanto el derecho de los consumidores y el derecho a la libertad de empresa.

3.5. Población y muestra

3.5.1. Población

Debido a la naturaleza cualitativa del presente, este trabajo no considera la aplicación de algún tipo de población para su desarrollo.

3.5.2. Muestra

Según el enfoque cualitativo escogido no se ha utilizado ningún tipo de muestra para su desarrollo.

3.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.6.1. Técnicas de recolección de datos

Se utilizó el análisis documental y la observación, como técnicas de investigación.

Se define el análisis documental como “un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación. Comprende el

procesamiento analítico- sintético que, a su vez, incluye la descripción bibliográfica y general de la fuente, la clasificación, indización, anotación, extracción, traducción y la confección de reseñas” (Arnao, 2007, p. 53).

En la presente investigación, se hizo un análisis de artículos científicos y libros, jurisprudencia relacionados al tema y/o materia.

Asimismo se utilizó la observación, como técnica de investigación la cual “busca establecer relaciones entre el objeto analizado y lo que se pretende conocer o verificar de él. Para ello el investigador se vale de sus cinco sentidos, y puede utilizar elementos y maquinarias que amplíen su capacidad de análisis y que brinden mayor cantidad y calidad de datos” (Salazar, 2010, p. 53).

Esto analizando en primer lugar las teorías sobre el derecho de los consumidores y el derecho a la libertad de empresa

3.6.2. Instrumentos de recolección de datos

La ficha de observación ha sido el instrumento de recolección de datos que se optó por usar para el presente estudio, dicho instrumento ha sido elaborado de acuerdo a los indicadores y variables que ya han sido propuestas en la investigación, los cuales sirvieron para el analizar y examinar del caso anexado.

3.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

En presente investigación, para el procesamiento y análisis de datos se empleó el programa Microsoft Word 2016, el cual permitió analizar e interpretar los documentos recolectados y los datos consignados.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Presentación de resultados

Debe señalarse que la autoridad (INDECOPI) ha manifestado que las restricciones impuestas por los proveedores de servicios de transmisión de películas constituyen una disposición de abuso completamente ineficaz que restringe severamente el derecho de elección de los consumidores "injusto", por: (i) el derecho comparado sin realizar un análisis respecto a que sistema económico pertenece cada país y sus constituciones. (ii) si forma parte de la actividad económica porque no se registra tributariamente sin tener en cuenta el principio de primacía de la realidad. (iii) el resquebrajamiento del derecho a elegir. Sin embargo, no creemos que esto sea correcto, ya que este derecho está determinado en el momento de la aceptación o no por parte del consumidor.

De la lectura del análisis realizado por la autoridad administrativa, para un sector de la doctrina especializada de la material (Bullard, 2011) sostienen que el mismo resulta ser contradictorio, pues, por una parte, refiere que los proveedores tienen derecho a fijar

el precio de los productos a la venta en sus salas de cine sobre la base de contratos libres (libre contratación), libre iniciativa privada y libertad de empresa, y posteriormente dar al conocer que la adquisición de los productos cuesta más a los consumidores

Respecto al conflicto suscitado, entre derechos, proponemos, según esta postura doctrinal, debe interpretarse conjuntamente los artículos 49.1 y 50 literal e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor; así como, del Derecho y el ordenamiento jurídico peruano dese un punto teórico y práctico.

Argumenta esta postura doctrinal, que la interpretación dada por la SPC, es incorrecta, ya que las restricciones establecidas por las empresas de cine no afectan el derecho a la libertad de elección que tienen consumidores y, en ciertos casos, la libertad de proveedor debe primar. Nos encontramos en una economía social de mercado en la que la intervención del Estado es accesorio, por tanto, complementaria y alternativa en el caso de ausencia de iniciativas privadas que fuesen suficientes, siempre que la intervención sea socialmente necesaria y no “opresiva u obstructora”.

Permitir a los consumidores el libre acceso a alimentos y bebidas en los establecimientos de cine tiene un impacto en su estructura de costos, lo que debe considerarse contrario a la política comercial. Por tanto, es claro que tales acciones del Estado, entre otros derechos consagrados en la Constitución, el derecho de los sujetos a participar en la libre iniciativa privada, en las relaciones contractuales o en las relaciones de consumo en temas de libre comercio, se desnaturalizan.

Esos son unos de los argumentos más importantes en contra de las deliberaciones del Indecopi. Los proveedores de servicios no deben obligar a los consumidores a comprar productos, sino más bien ponerlos a disposición y dejar en claro que los

consumidores toman sus decisiones, ellos mismos. Ya sea para realizar la compra o no de los productos que venden los cines.

El modelo o forma de negocio que tienen los cines, de acuerdo a este sector de la doctrina, está influenciado por el hecho de que el cine vende una "combinación" de diferentes atributos y componentes al precio adecuado para atraer el número adecuado de clientes. Esto significa que puede aumentar el precio de su comida y cobrar más por las entradas. Asumiendo que la principal actividad económica o servicio es la proyección de películas, si se trata de un producto alimenticio que se vende a un precio superior, no afecta al consumidor y por tanto respeta el modelo económico preexistente.

Como lo establece el art. 65° de la Constitución Política del Perú y ya en el desarrollo de nuestro trabajo de investigación, existen obligaciones que el Estado tiene con los usuarios y consumidores, específicamente dos de carácter general, de gran importancia y estas son:

- Velar por la seguridad y salud de las personas que tienen condición de consumidor y/o usuario. Siempre haciendo énfasis en la obligación y deber que tiene el Estado para con dichas personas, recalando que la libre iniciativa privada, la libre competencia, y demás, reconocidas por nuestra Constitución y que se desarrollan dentro de la economía social de mercado.
- El promover las actividades económicas. Es una de sus iniciativas.
- La forma de elegir de qué manera, en que forma y que circunstancias optar para emprender las actividades económicas ya promovidas.
- La igualdad entre competidores ante la Ley.

Cabe precisar que estos requisitos expresados líneas arriba, son pertenecientes a aquellos intereses individuales de lo que conocemos como economía, por tanto, Podemos ver que están más orientados al sector empresarial, cuya correspondencia e interés público también debe garantizarse, tales como:

- La correspondencia estricta a la normativa peruana.
- Respetar los derechos fundamentales.
- Poner en ejercicio las diferentes actividades económicas para el beneficio de la comunidad.

Respecto a ello, según este enfoque doctrinal, las actividades económicas que realiza un agente en el mercado, sus limitaciones nunca deben exceder o violar los derechos fundamentales garantizados por la Constitución a la libertad de empresa. Esto significa que debe mantener su estrategia de compra, venta e incluso negociación en el mercado, teniendo en cuenta que la libertad financiera (libertad económica) debe ser razonable y proporcionada.

De la lectura del artículo, “Canchita oscurecida” (Bullard, 2011) Los modelos de negocio son una forma de innovar. Como resultado, estos modelos están en constante evolución. El hecho de que un peluquero decida usar solo una marca particular de champú o loción o un restaurante ofrecer una marca particular de refresco depende de cómo el proveedor de la estructura su negocio.

El Estado no puede regular los diversos modelos de negocio y no existen pautas o procedimientos sobre cómo establecerlos. Por lo tanto, dado que la Constitución establece la libertad de empresa, las restricciones son la libertad de contratar y el ejercicio de la libertad de elección que tienen los consumidores a los cuales no se puede obligar a

negociar, contratar y/o adquirir lo que no les gusta.

Entonces, según esta doctrina, es momento de aplicar nuevamente el test de proporcionalidad y/o razonabilidad el cual a lo largo de esta investigación ha sido de suma importancia y fundamental. Si el Indecopi lo hubiese utilizado y desarrollado en sus resoluciones no se hubiesen convertido en un punto tan controversial y es materia de la presente investigación por lo paradigmático de dichas resoluciones.

Como principio subsidiario el de idoneidad o adecuación, coincidimos en que este objetivo tiene carácter constitucional y su fin para la autoridad administrativa es el consumidor. Por tanto, no queda más remedio que proteger los intereses de los consumidores y tener en cuenta el segundo subprincipio.

El subprincipio de necesidad, del que a su vez estamos de acuerdo con que la posición de elección prevalezca sobre el poder administrativo, ya que no hay otra forma para que los consumidores compren o adquieran cosas a precios más bajos en los establecimientos Cineplanet y Cinemark, entonces, no tiene otros medios de proteger estos derechos del consumidor.

Hasta el momento, aplicando el test de proporcionalidad y/o razonabilidad, el Indecopi cumple con las disposiciones de nuestra Constitución en cuanto al contenido básico de los derechos del consumidor, la libertad y la libertad empresarial y la elección del consumidor. Sin embargo, es muy importante entender que su análisis se dio implícitamente, lo que se verá en el tercer y último subprincipio.

Por último, el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu* y quizá el más importante, es el que claramente no ha sido desarrollado por la autoridad administrativa en las resoluciones que emitió.

Dos principios y/o derechos son controvertidos, bueno, la solución a esto es ponderar los dos, es decir, determinar cuál tiene mayor proporción y / o relevancia, cuál de algunos de ellos hay que proteger, sin desconocer el resto. Y aplicar lo que dicta nuestra constitución, los intereses de las partes involucradas en la relación de consumo y/o contractual.

La posición que mantenemos es que los derechos de los consumidores no están afectados porque ellos son quienes deciden de manera libre y ejercen su derecho a la libre elección, de la siguiente manera:

- (i) el uso de los servicios que brindan las salas de cine, es decir, la proyección de películas y la compra de productos y/o alimentos que se expiden dentro de estos establecimientos.;
- (ii) hacer uso de todas las formas de los servicios de proyección de películas en salas de cine sin la necesidad de comprar los productos y/o alimentos que se expiden dentro de estos establecimientos; y, (iii) no hacer uso de los servicios que brindan salas de cine (proyección de películas) y acudir a otro.

De esta forma es necesario ejercer el derecho de elección del consumidor, y creemos que no hay otra forma, por lo que incluso en este caso no hay obstáculo para actividades de rutina o esparcimiento. No hay transgresión de sus derechos porque ir al cine y consumir la comida que venden en dichos establecimientos no es un requisito obligatorio, sino un servicio adicional que se brinda.

Este entendimiento es la forma más sencilla de respetar los derechos constitucionales de los consumidores y de respetar las libertades de las empresas. Esto es especialmente importante debido al hecho de que el derecho a la libertad de empresa está reconocido como su derecho fundamental. La inclusión de este derecho con el que

cuentan todos los peruanos en una economía social de mercado y el seguir manteniendo las medidas adoptadas por Indecopi lo cual es materia de análisis en la presente investigación, se ve afectado el modelo económico y por tanto los intereses de los proveedores.

Las interpretaciones normativas dadas por el SPC y las ponderaciones aplicadas son erróneas, ya que las restricciones impuestas por el cine no vulneran la libertad de elección del consumidor. En determinadas circunstancias, se debe privilegiar la libertad de empresa. Estamos en una economía social de mercado en la que la intervención estatal es accesorio, es decir, cuando el Estado interviene en la actividad económica solo cuando sea socialmente necesario y sin restricciones, dichas intervenciones en la actividad económica no debe impedir ni suprimir la actividad que desarrollan los particulares.

El sistema económico contenido en nuestra Constitución es, según el artículo 58 de la Constitución, una economía social de mercado. En otras palabras, el mercado está regulado por la ley de oferta y demanda, y la participación del estado está restringida. No es un agente económico, pero actúa como controlador para su correcto funcionamiento.

Además, el papel del estado en una economía social de mercado es complementario, esto significa, que el principio de subsidiariedad permite actuar al Estado en situaciones específicas, en ausencia de servicios determinados por parte ente privado y que sea necesario la intervención del Estado. En el caso presentado, el rol auxiliar del Estado está estrechamente vinculado con la función que tiene el Indecopi de proteger los intereses y derechos del consumidor y usuario, en el sentido de establecer pautas que no comprometan los derechos fundamentales de los consumidores, tales como la delimitación de excesos en las etapas y/o procedimientos para atender a usuarios y

consumidores.

Nuestra Constitución establece como una forma complementaria de actuar ante la presencia de fallas en el mercado, la función subsidiaria del Estado en la economía de nuestro país, con el objetivo de buscar el interés social y el bien común, pretendiendo de esta manera eliminar aquellos conflictos que se desarrollen dentro de una relación económica.

Teniendo en cuenta este aspecto citado, concordamos con el modelo por el que opta nuestra Constitución, el de economía social de mercado ya que está ubicado en un punto medio, por tanto, no se considera como un Sistema Liberal Moderno ya que no esta regido por sólo por la actividad empresarial y tampoco es Socialista porque la actividad económica enmarcado en éste, no le corresponde depender sólo del Estado.

Referente a la subsidiariedad, se realizó un análisis ésta, de manera vertical y horizontal (la que es inconstitucional) entre las entidades del estado. Este papel no debe ser desempeñado por el Estado como en el presente caso, sino de forma supletoria, no se hizo, por tanto, su intervención fue de manera directa, siendo perjudicial para el sector empresarial.

Ya se mencionó que, El Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, la utilización del test de proporcionalidad era tal vez la opción más viable para Indecopi emita estas resoluciones. Pero, en principio, no lo hizo. Porque las otras opciones y la parte en la cual nos encontramos, es referente al hecho de no utilizar el test en lo referido a la idoneidad de la medida, necesidad y proporcionalidad, debería de haberse considerado la utilización del test de ponderación.

Pues bien para la emisión de resoluciones por parte de las entidades pertenecientes

al Estado, no es fundamental el uso del test o la ponderación, asimismo para el presente caso si debió ser fundamental su aplicación porque resultaría de importancia ya que se trata de materias un tanto controvertidas así como lo es la afectación al derecho de libertad empresarial.

Con mayor importancia si esta entidad pública sabía que al realizar un pronunciamiento, más de lo relevante que pueda ser, el impacto que iba a ocasionar sería significativo e importante en nuestra sociedad, siendo para una parte de la población resulta positivo e incluso negativo para una parte más extensa, ya que como mencionamos, situarnos a lo señalado por la Carta Magna para efectos de comprobar nuestra postura con respecto a la presente investigación.

Aquello mencionado es de suma importancia, puesto que la función del Estado debe ser corrector, garantista y vigilante; todo esto, en vista de sus facultades, mas no la facultad de intervenir, que solo debe aplicarse en circunstancias necesaria, bajo el principio de subsidiariedad.

Al intervenir, el Estado introduce ciertas regulaciones que impiden el desarrollo del mercado, ya que la oferta y la demanda regulan las relaciones económicas, incluidas las relaciones contractuales y de consumo. El estado debe mantener su función de garantía y hetero compositiva.

Según nuestra interpretación constitucional, la protección del derecho del consumidor, especialmente la libertad de elección, no enmarca el derecho que tendría el consumidor a vulnerar el derecho a la libertad de empresa, que tiene el proveedor, restringiéndole al consumidor la posibilidad de que este último pueda ingresar alimentos o productos adquiridos fuera del establecimiento.

Por tanto, de acuerdo con esta orientación doctrinal, las disposiciones sostenidas por el Indecopi, no supera la primera fase del test de proporcionalidad, relativa a la validez o los sub principios de validez, esta disposición carece de legitimidad constitucional porque vulnera el Derecho a la Libertad de Empresa y no resulta la más adecuada para alcanzar el objetivo que se busca, que no es otro, que la protección de la libertad de elección del consumidor. El consumidor ejerce su libertad de elección antes de que se entable una relación con el proveedor. Cuando es aceptado, los consumidores estarán sujetos a los términos previamente acordados con el proveedor. La interpretación contraria es incompatible con la Carta Magna porque afecta el Derecho a la Libertad de Empresa, esencialmente, la libertad de organización y dirección de su actividad empresarial.

Al interpretar los estándares y ponderaciones dadas por la SPC son incorrectas. Las limitaciones impuestas por los cines no vulneran el derecho del consumidor a la libertad de elegir y, en el presente caso debería tenerse en cuenta la ponderación de la libertad de empresa, prevaleciendo aquellos presupuestos que permiten posibilitar su ejercicio, podríamos considerar tales presupuestos como, competencia, economía social de mercado y las nociones jurídicas de la economía del mercado.

El Estado interviene de manera secundaria. Lo que significa que, éste interviene de manera subsidiaria en la actividad económica, de manera complementaria y alternativa solo por ausencia de una incorrecta iniciativa privada, con la condición de que sea socialmente necesaria y no restrinja o no interfiera con la actividad individual de los particulares.

Según las entrevistadas realizadas para nuestra investigación, podemos referir los

siguientes argumentos expresados por estos especialistas.

En tal sentido, según Eduar Olázabal Sucasana, ejecutivo del INDECOPI, oficina regional de Junín, señala que la decisión administrativa, emitida por el INDECOPI respecto al caso de los cines y el ingreso de alimentos es una postura bien fundamentada, que se encuentra en el marco legal de protección al derecho de los consumidores. De este modo según el especialista se tutela la parte más débil de la relación de consumo, que es el consumidor.

También cotejamos la entrevista realizada a la Dra. Karina Alvarado Villaverde, jefa de la oficina regional de Junín del INDECOPI, expresa que mediante esta decisión se trata de evitar que los consumidores no se vean impedidos de ingresar alimentos comprados en otros establecimientos, sin embargo la especialista señala que no se encuentra de acuerdo en la decisión en el sentido de que afecta la libertad de empresa de las cadenas de cines, lo que corrobora nuestra opinión y enfoque personal plasmada en esta investigación. El principal derecho que se afecta según la especialista es la libertad de empresa, porque la resolución objeto de estudio tiene un criterio eminentemente pro – consumidor.

Por último, cotejamos la entrevista realizada al Dr. Juan Cárdenas Huarcaya, catedrático del curso de derecho de la propiedad intelectual y de la competencia de la Universidad Peruana Los Andes. Según el especialista la decisión del INDECOPI ha sido un acto de justicia, pues la libertad de empresa no puede limitar las libertades individuales de las personas. Señala que con esta decisión se tutela de mejor manera el derecho de los consumidores, criterio que no compartimos ya que las cadenas de cine tienen la autonomía y potestad empresarial de ofrecer productos y servicios, y el consumidor tiene

la potestad de adquirirlos o no.

4.2. Contratación de hipótesis

- Hipótesis general:

“El derecho a la libertad de empresa influye de manera directa en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana”.

INDECOPI sustenta además que el hecho que el consumidor adquiriera o no aquel producto de la confitería que los cines ofrecen, es una prohibición que se entendería como una cláusula abusiva; lo que significa que, acepta la libertad de contratación, pero excluye y difiere de la libertad contractual. Sin embargo Idecopi no tiene presente el considerando 50° de la Resolución N° 219-2018/SPC que dicho forma de relación jurídica se permite y regula en lo que se conoce como contrato de adhesión.

Por otra parte, no se consideraría como cláusula abusiva tal prohibición si fuera permisible otorgar al consumidor la libertad de contratar tanto como la libertad contractual; lo que significa que, dieran al consumidor la facultad directa para poder negociar con los establecimientos de cines, como ejemplo podemos poner que, tanto el precio de la entrada y/o productos ofrecidos por los establecimientos de cines. Con lo dicho anteriormente estaríamos en un contrasentido con la naturaleza de los contratos de adhesión en los cuales una de las partes se encuentra en la posibilidad y facultad de aceptar si fuese el caso o no la prestación, siempre que el contenido no vulnere ninguno de sus derechos como consumidor.

De la lectura del inciso e) del artículo 50° del CDPC, se observa que si existen cláusulas que excluyan, limiten o transgredan los derechos de los consumidores, serían consideradas de ineficacia absoluta. En el presente caso, específicamente señalando la

libertad de elegir libremente los productos y servicios idóneos y de calidad que se ofrezca el proveedor.

-Hipótesis específicas:

Hipótesis específica Nro. 1:

“El derecho a la libertad de empresa influye de manera directa en la soberanía del consumidor, en la legislación peruana”.

Podemos señalar que habiendo ya adquirido el consumidor su entrada para poder ver una película, de igual manera tiene la libertad de ver si quiere o no por otra parte comprar o no aquellos productos que ofrecen también los cines. Con respecto a la libertad de ingresar alimentos a los cines, que no sean adquiridos en estos mismos, no generaría ninguna discusión en el presente caso solo si los precios ofertados por estos establecimientos fuesen los mismos que ofertan fuera; o, incluso si en los mismos cines existieran otros vendedores que ofertaran los mismos productos.

Podemos entonces preguntarnos si el hecho de calificar como cláusula abusiva la prohibición ha garantizado la libertad contractual de los consumidores o si, de manera incorrecta, influye en de la oferta, permitiendo al consumidor gozar de una diferencia en precios que surge de la oferta dentro de un marco de libre competencia.

Sin calar tan profundo en los argumentos de libertad de empresa y modelo de negocio, como lo hicieron los diversos autores inmerso en la materia, coincidimos en que no nos encontramos inmersos dentro de una cláusula abusiva, pues no se muestra ni asevera ningún tipo restricción a la llamada libertad de acceso a otros productos.

Asimismo, los establecimientos donde se proyectan las películas (cines) al ejercer aquel derecho a la libertad de contratación, la libertad de empresa y libre iniciativa privada, están en la plena libertad de determinar los precios de aquellos productos y/o servicios que brinden u ofrezcan, y ya depende del consumidos viendo el interés y necesidad que tiene, conociendo el precio y calidad del producto, optar por adquirirlo o no.

- Hipótesis específica Nro. 2:

“El derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines influye de manera directa en la libre iniciativa privada del empresario, en la legislación peruana”.

Para justificar de manera contraria y sólida, INDECOPI pudo hacer un análisis con respecto a si se anulan los derechos del consumidor por la prohibición y no por el contrario la justificación que le dé validez a la prohibición.

No reparamos con la postura de catalogar como una “experiencia” completa o no, aquel servicio que brinda los cines, dependiendo del hecho de adquirir los productos que ofrecen las confiterías de los cines. El darle la denominación de experiencia al hecho de adquirir conjuntamente productos y servicios da paso a que el consumidor relativice cuando esta experiencia se encuentre completa o no, ya que en ciertos casos se comprenderá esta como completa en el momento que se adquieran ciertos productos o en ciertas temporadas.

Esta categoría resta valor al tratamiento de bienes y servicios en general, asumiendo que el tratamiento de venta antes mencionado está vinculado a un servicio adicional, como en este caso la venta de confitería.

Si bien se está descartando que la prohibición califique como una cláusula abusiva, conviene también descartar, el hecho que se considere como una práctica abusiva. El art. 57° del CDPC señala que constituye un método abusivo: (1) el aprovechamiento de la situación de desventaja, b) con la imposición de condiciones onerosas que c) resulten imprevisibles para el consumidor.

Según el criterio de Indecopi, el vender un producto al quíntuple de lo que comúnmente cuesta, por parte de los cines y respecto de su valor de mercado vinculado a la restricción de ingreso de otros productos, constituye una práctica abusiva. Discrepamos con dicha postura en razón de lo siguiente:

No hay ninguna aprovechamiento o situación de desventaja en la que se encuentre el consumidor, puesto que, el hecho de haber adquirido su entrada para el cine, no significa que tiene la necesidad, ni mucho menos la obligación de tener que comprar un producto que se oferte en el cine.

No se están imponiendo condiciones onerosas, ya que, en términos simples, para disfrutar de una película, no se condiciona al consumidor a tener que adquirir los productos que ofrece la confitería de los cines.

No resulta imprevisible para el consumidor, la prohibición ni el precio de los productos, esto se puede acreditar por ejemplo con el anuncio que hacen las salas de cine respecto a alguna prohibición o la visualización en las pantallas de estos mismos cines en las cuales se pueden ver los precios de los productos q los establecimientos de cines ofrecen.

Respecto al precio, podemos determinar que este no es un fundamento llevado a un juicio para determinarlo como una cláusula abusiva, ya que la finalidad de prohibir disposiciones abusivas es la de corregir un desequilibrio normativo y no económico.

Sin perjuicio de que ya se explicó, y de conformidad con el derecho del consumidor, se podría permitir excepciones con respecto a esta prohibición, por motivos de condición o de salud (Ejemplo: el ingreso de bebidas que no contengan azúcar, para diabéticos o leche para menores).

Con lo ya mencionado, la prohibición no debe calificar como practica ni cláusula abusiva; ya que, no se ha verificado restricción alguna a la libertad del consumidor, mucho menos se presenta algún obstáculo para la prestación del servicio, tampoco se anula ningún derecho del consumidor.

En este sentido, no sería necesario realizar aclaraciones basadas en criterios que busquen justificar la existencia de una prohibición, ya sea desde un punto de vista objetivo (estructura, orden público y otros criterios) o no. Asimismo, es fundamental discutir sobre el precio al que se ofrece un determinado servicio, porque en última instancia es un factor determinado por la dinámica del mercado.

Finalmente, se debe considerar que las asociaciones de consumidores, además de representar los intereses colectivos de los consumidores, reciben un porcentaje de las sanciones que se imponen. Cabe preguntarse si, en el caso de los cines, la publicidad de este procedimiento está exenta para un fin distinto de la protección de los consumidores.

4.3. Discusión de resultados

(Ezcurra, 2018) menciona que generalmente las cláusulas abusivas se dan en un contexto en que de una manera pre determinada ya existen unos contratos redactados

usualmente por el proveedor, y cuando se trata de una contratación de carácter masivo, como en el presente caso, la ley les da una definición a las cláusulas estipuladas en dichos contratos, y esta es, estipulaciones de carácter innegociables individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, ponen al consumidor en una posición de desigualdad o desventaja o anulando sus derechos. Para identificar una cláusula abusiva, se debe realizar un análisis en el caso concreto, partiendo de la naturaleza del servicio que se trate, y de las diversas situaciones presentadas en el instante en que se celebre el intercambio comercial.

Se han establecido dos tipos de cláusulas abusivas según la Ley. Unas están penadas con ineficacia absoluta y otras por ineficacia relativa. Las primeras, están listadas en una clausula cerrada y prohibidas per se. En este supuesto, no cabria duda que ciertamente al consumidor le están quitando un derecho. Un ejemplo de ello seria, la prohibición absoluta de ciertas cláusulas que permiten al proveedor exonerarse del incumplimiento generado por su dolo o responsabilidad. Desde luego una cláusula así se consideraría abusiva y afectaría gravemente al consumidor.

Para el caso en análisis respecto a los cines y a la prohibición del ingreso de comida adquirida al exterior, Indecopi considera que se está frente a una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, y señala que esto estaría prohibido por el supuesto e) del art. 50. Si uno fija su atención en tal supuesto, éste establece que se consideran como cláusulas abusivas aquellas que excluyan y/o limitan los derechos del consumidor, tales como, el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, a ejercer el derecho de retención, etc.,

por tanto, el Tribunal ha hecho una interpretación en la que la práctica de los cines se subsume en este supuesto.

En tanto (Bullard, 2010) menciona que se ha transgredido el derecho a la libre empresa. Si uno hace la interpretación de la resolución, puede concluir que ésta se limita a decirle al cine que el único servicio que debe ofrecer es el de la proyección de películas, sin embargo es otro el modelo de negocio de la empresa. ¿Por qué es otro? Porque así lo decidió la empresa o ya sea por razones existentes para que así sea. El modelo que manejaba el cine, establece que tanto la proyección de películas y la venta de alimentos van de manera conjunta. Significaría entonces que el Estado estuviera imponiéndole a los cines que solamente hagan una cosa (proyectar películas). En pocas palabras, aquel que ha decidido cómo deben funcionar los negocios es un funcionario público. Siendo así, se estaría vulnerando el derecho constitucional que tiene el ciudadano de desarrollar su negocio de la manera en que éste considere necesaria. Por supuesto, cada derecho tiene ciertos límites establecidos por ley. Sin embargo, en este caso, como hemos mostrado, la ley no impone ninguna restricción sobre el tipo que se ha aplicado a los cines.

La situación problemática no se encuentra en el mercado de estos establecimientos, sino en lo que hay tras de estas resoluciones. Por otro lado, este problema no afecta solo a los cines, existen muchos tipos de empresas en las que se crean determinadas estructuras cuando existen subsidios cruzados entre actividades; por lo tanto, todas estas actividades comerciales se ven obstaculizadas por un funcionario del gobierno a través de este tipo de interpretaciones que consideramos las más correctas.

En resumen, el problema aquí es que no existe tal supuesto legal que sugiera específicamente que se nos permite llevar ciertos productos a los cines, que justamente está ofreciendo dichos productos al mercado.

Desde otro punto de vista, comento algo que nos parece un tanto controversial; que es, el hecho de calificar a la cláusula de prohibición mencionada como abusiva absoluta cuando hay entre la gente una opinión un tanto dividida. En ese supuesto no se muestra una cláusula abusiva de ineficacia absoluta. Ya que para que se dé dicha condición nadie o solo algunos pocos contrasten con la opinión de que el informe que realizó Indecopi es válido. También, hacer hincapié en que la votación y la posterior decisión realizada por el Tribunal no fueron por unanimidad. Es entonces en ese voto singular que nos muestra en la práctica que no nos encontramos ante una práctica abusiva como lo señala Indecopi.

Otra circunstancia que debemos tomar en cuenta es la sanción impuesta a los cines. Algo de lo que la gente no comenta ni dice nada. La sanción que Indecopi puso a estas empresas por su “cláusula abusiva” es una amonestación, no es una multa. Es decir, solo una llamada de atención. No es proporcional a la existencia de esta cláusula abusiva de ineficacia absoluta, la sanción debió ser tan drástica como los hechos imputados por el Tribunal. Por tanto, podemos concluir en este aspecto que dicha resolución emitida por Indecopi presenta problemas en un aspecto de legalidad y de inconsistencia.

Según (Castillo, 2019) el pronunciamiento de Indecopi a través de sus resoluciones en el caso concreto, solo afectaría a aquellas empresas con las cuales se realizó la investigación y se aplicaron las sanciones. Ya que estas resoluciones están vigentes, pues

se debe velar por su cumplimiento, sin embargo si dichos establecimientos acuden a un Proceso Contencioso Administrativo, y en el caso que consigan una medida cautelar se podría paralizar la ejecución de tales resoluciones.

Asimismo, dejando de lado las dos empresas en el presente caso, las demás no se encuentran en la obligación de cumplir lo que en las resoluciones se establece, puesto que no les afectan. Sin embargo, se les puede abrir un proceso y sancionarlas como ya se hizo con los establecimientos de cines mencionados. Y probablemente en un futuro las asociaciones como ASPEC u otras de similares características, podrían aperturar un proceso en contra de los demás establecimientos de cine. Indistintamente de los ya sancionados, acatar lo establecido en las resoluciones por el resto de cines es un aspecto voluntario de estos, en tanto no sean sancionados por Indecopi, y se les tenga que exigir tal vez el cambio de su modelo de negocio.

Pero en el fondo lo que ocurre es una regulación de los precios hacia estos establecimientos, de manera “encubierta”, una situación que a futuro va afectar de forma grave al mercado. Si bien es cierto no se regula el precio de las entradas; de manera indirecta si se está regulando el nivel de las tarifas de ingresos de la empresa, lo cual afectará directamente a esta.

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que el derecho a la libertad de empresa influye de manera directa en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana porque las cadenas de cines tienen sus propios establecimientos de venta de comida, y es completamente razonable que restrinjan el ingreso de comida adquirida fuera de dicho establecimiento. Resulta absurdo que el Estado le obligue a permitir lo contrario.
2. Se ha establecido que el derecho a la libertad de empresa influye de manera directa en la soberanía del consumidor, en la legislación peruana. Desde esa perspectiva, el consumidor tiene la potestad de poder ingresar al cine y también la libertad de elegir si adquiere o no los productos que ofertan las cadenas de cine nacional.
3. Se ha determinado que el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines influye de manera directa en la libre iniciativa privada del empresario, en la legislación peruana. Ya que no toda afectación que pueda experimentar el consumidor o cualquier agente del mercado es pasible de protección, porque hay afectaciones que son consecuencia, justamente, de un adecuado funcionamiento del mercado (daños concurrenciales).

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere al INDECOPI que debe entender el modelo de negocio de los cines; a partir del entendimiento de dicho modelo de negocio evaluar la razonabilidad o justificación de la decisión de los proveedores; y determinar si esta decisión que sin duda incomoda a los consumidores constituía una afectación o distorsión al funcionamiento del mercado.
2. Se sugiere que el INDECOPI emita una resolución administrativa en la que corrija su decisión de prohibir a las cadenas de cine de no poder restringir el acceso de alimentos a los consumidores, a fin de evitar lesionar el derecho a la libertad de empresa.
3. Se recomienda que las cadenas de cine a nivel nacional propongan una fórmula legal para evitar que su derecho a la libertad de empresa se vea restringido o limitado con disposiciones administrativas emitidas por el INDECOPI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bullard, A. (2002). Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del Derecho en el Perú. THĒMIS-Revista de Derecho, Nro. 44, 17–35.
- Bullard, A. (2006). El derecho a equivocarse: La contratación masiva y la protección del consumidor. In Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales.
- Bullard, A. (2018). Canchita oscurecida, por Alfredo Bullard Columnistas | El Comercio Perú. Retrieved November 9, 2019, from El Comercio website: <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/canchita-oscorecida-alfredobullard-noticia-505068-noticia/>
- Bullard, A. (2018). Libertad bamba, por Alfredo Bullard. El Comercio. Recuperado de <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/cineplex-indecopi-cine-consumidores-servicio-libertad-bamba-alfredo-bullard-noticia-501610>
- Castañeda. (1998). *La empresa Mexicana y su Gobierno Corporativo. Antecedentes y desafíos para el siglo XXI*. México D.F. : fondo Editorial de la Universidad de las Americas.
- Doménech, G. (2014). Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho. Revista de Administración Pública, 99–133. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4935394.pdf>
- Durand, A. (2016). Determinación del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídica Autónoma . *Derecho y Sociedad N° 34*, 69-81.
- Flores, P. (2002). *Diccionario Juridco Elemental, 2da Edición*. Lima: Grijley Editores.
- Gherzi, E. (2016). *El Costo de la legalidad* . Lima: IDL editores.
- Gutierrez, W. (2006). *La Constitucion comentada*. Lima: Gaceta Jurídica.

Marcos, F. (2004). ¿Monopolio de las palomitas en los cines? Comentarios a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) del 8 de agosto de 2003. En Anuario de la Competencia 2003. Editorial Marcial Pons.

Madrid - Barcelona.

Martinez, C. G. (2015). *Limites al ejercicio de la libertad de empresa*. Alicante: Universidad de Alicante.

Müllen-Armack, A. (1976). *Sistema Económico y Política Económica*. Madrid: Trotta.

Ochoa, C. (2011). *Juriprudencia Constitucional Económica* . Lima: Ediciones Caballero Bustamante.

Rivadeneira, J. (2009). *Economía social de mercado*. Quito: Fundación Konrad Adenauer.

Saravia, R. (2017). *La vulneración del derecho a la libertad de empresa en la Ley N° 27665, Ley de protección de la economía familiar respecto al pago de pensiones en centros y programas educativos privados*. Lima: Universidad Norbert Wiener .

Sumar, O. (27 de Febrero de 2018). *El Blockbuster de Indecopi*. Obtenido de Diario Gestion.pe.

Valderrama, S. (2002). *Pasos para elaborar proyectos de investigación científica*. Lima: San Marcos.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DEL CONSUMIDOR A INGRESAR ALIMENTOS A LOS CINES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

| PROBLEMAS | OBJETIVOS | HIPÓTESIS | VARIABLES | INDICADORES | METODOLOGÍA |
|--|---|---|---|--|---|
| <p>GENERAL:</p> <p>¿De qué manera el derecho a la libertad de empresa influye en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana?</p> <p>ESPECÍFICOS</p> <p>-¿En qué medida el derecho a la libertad de empresa influye en la soberanía del consumidor, en la legislación peruana?</p> <p>-¿Cómo el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines influye en la libre iniciativa privada del empresario, en la legislación peruana?</p> | <p>GENERAL:</p> <p>Determinar de qué manera el derecho a la libertad de empresa influye en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana</p> <p>ESPECÍFICOS</p> <p>-Determinar en qué medida el derecho a la libertad de empresa influye en la soberanía del consumidor, en la legislación peruana.</p> <p>-Establecer cómo el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines influye en la libre iniciativa privada del empresario, en la legislación peruana.</p> | <p>GENERAL:</p> <p>El derecho a la libertad de empresa influye de manera directa en el derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines en la legislación peruana</p> <p>ESPECÍFICAS</p> <p>-El derecho a la libertad de empresa influye de manera directa en la soberanía del consumidor, en la legislación peruana.</p> <p>-El derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines influye de manera directa en la libre iniciativa privada del empresario, en la legislación peruana.</p> | <p>INDEPENDIENTE:</p> <p>Derecho a la libertad de empresa</p> <p>Derecho del consumidor a ingresar alimentos a los cines</p> | <p>-Libre iniciativa privada de organización.</p> <p>-Soberanía del consumidor.</p> <p>-Decisión de consumo.</p> | <p>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN - Inductivo-deductivo</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN Investigación básica.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN Nivel relacional-explicativo</p> <p>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN No experimental</p> <p>TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS: Análisis documental y observacion</p> <p>INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN Ficha de observación.</p> |

FICHAS DE OBSERVACIÓN

| FUENTE | AUTOR | COMENTARIO |
|--|----------------------------|--|
| <p>Libro: DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO.</p> <p>Año: 2009</p> <p>Página: 123</p> | <p>César Ochoa Cardich</p> | <p>De acuerdo al citado autor, la libertad de empresa, es uno de los elementos capitales de las denominas libertad. De esta manera, la libertad de empresa, es un derecho pluridimensional, pues guarda una estrecha relación con un amplio sector de otros derechos económicos y fundamentales.</p> |

| FUENTE | AUTOR | COMENTARIO |
|--|----------------------------|--|
| <p>Libro: EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO CIVIL.</p> <p>Año: 2016</p> <p>Página: 48</p> | <p>Juan Carlos Durand.</p> | <p>Para el referido autor, el derecho del consumidor es el conjunto de medidas legales adoptadas por un Estado con la finalidad de defender la capacidad adquisitiva de su población, cautelar su salud y seguridad física frente a la administración de determinados productos y servicios.</p> |

| FUENTE | AUTOR | COMENTARIO |
|--|-------------------------------|---|
| <p>Libro: ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES.</p> <p>Año: 2014</p> <p>Página: 94</p> | <p>José Francisco Flores.</p> | <p>Según el citado autor, el consumidor constituye la persona o entidad que representa el fin de la actividad de producción, esto es, es aquella que cierra el ciclo de producción por medio de la satisfacción de sus necesidades por intermedio de bienes y servicios, los mismos que son ofertados por el mercado.</p> |

| FUENTE | AUTOR | COMENTARIO |
|--|------------------------|--|
| <p>Libro: CONSIDERACIONES JURÍDICAS DEL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.</p> <p>Año: 2016</p> <p>Página: 135</p> | <p>Enrique Ghersi.</p> | <p>Para el autor referenciado, el derecho a la libertad de empresa puede ser comprendida como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tiene como marco una actuación económica auto determinativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.</p> |

| FUENTE | SENTENCIA NRO. | COMENTARIO |
|---------------------------------------|---------------------------|--|
| <p>Tribunal Constitucional</p> | <p>N° 0008-2003-AI/TC</p> | <p>En este acápite de la sentencia, se considera que la Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo.</p> |

| FUENTE | SENTENCIA NRO. | COMENTARIO |
|---------------------------------------|--------------------------|--|
| <p>Tribunal Constitucional</p> | <p>N° 018-2003-AI/TC</p> | <p>Según este criterio jurisprudencial, se defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras. Por ende, tal responsabilidad conlleva la aplicación del principio pro consumidor, generando así que en todo acto de creación, interpretación e integración normativa.</p> |

| FUENTE | SENTENCIA NRO. | COMENTARIO |
|--------------------------------|-----------------------|---|
| Tribunal Constitucional | Nro. 3330-2004-AA/TC | Se menciona de acuerdo a la jurisprudencia constitucional citada que el derecho a la libertad de empresa es el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual. |

| FUENTE | SENTENCIA NRO. | COMENTARIO |
|--------------------------------|-----------------------|---|
| Tribunal Constitucional | N°0048-2004-PI/TC | De acuerdo al criterio jurisprudencial en referencia, se menciona que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos. |

| FUENTE | SENTENCIA NRO. | COMENTARIO |
|--------------------------------|-----------------------|---|
| Tribunal Constitucional | N°0048-2004-PI/TC | De acuerdo al criterio jurisprudencial en referencia, se menciona que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos. |