

Carta N° 17-2025/DE/COMEXPERU

Lima, 14 de enero de 2025

Congresista

IDELSO MANUEL GARCÍA CORREA

Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y

Organismos Reguladores de Servicios Públicos

Congreso de la República

Presente. –

Ref.: Proyecto de Ley N° 7887/2024-CR

De nuestra consideración:

Es grato saludarlo y dirigirnos a usted a nombre de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – ComexPerú, una organización privada que busca contribuir en la implementación de políticas públicas, con una visión de defensa de principios por sobre intereses particulares, teniendo como objetivo mejorar la calidad de vida del ciudadano. Nuestro trabajo se basa en análisis objetivos, rigurosos y sólida evidencia técnica. Desde ComexPerú nos ponemos a disposición para aportar en los temas y proyectos que se vean en su Comisión.

En esta oportunidad, remitimos nuestra opinión sobre el proyecto de ley en referencia (en adelante, “el Proyecto”), que propone regular la venta de alimentos y bebidas en espectáculos masivos, con la finalidad de permitir el ingreso libre de estos productos.

Al respecto, manifestamos nuestra preocupación por el Proyecto, pues busca extender el razonamiento establecido en un caso específico para una industria en particular a un servicio diferente, sin sustento técnico ni considerando los riesgos que conlleva tal propuesta a los derechos de los consumidores. En ese sentido, presentamos las siguientes observaciones:

- La propuesta resulta inconstitucional, por contravenir la libertad de empresa, en lo referido a libertad de organización. Bajo esta libertad, los agentes económicos llevan a cabo su proyecto comercial (como lo es determinar qué productos ingresan a sus establecimientos comerciales). Asimismo, se contraviene la regulación vigente contenida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, que indica que las cláusulas abusivas se evalúan considerando las particularidades de cada caso.
- El Proyecto sustenta su iniciativa en la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, sin considerar que la propia decisión del Indecopi es clara al señalar que la evaluación se realiza caso por caso. Asimismo, se omite el íntegro de la Resolución 467-2018/SPC-INDECOPI, que precisa los alcances del pronunciamiento inicialmente señalado y reitera que los análisis deben realizarse considerando las particularidades de cada caso.

- La Exposición de Motivos sustenta el Proyecto sobre la base de un trabajo de investigación analizado parcialmente. Dicho trabajo concluye que propuestas como la contenida en el Proyecto resultan inconstitucionales por vulnerar la libertad de empresa.
- Si la preocupación identificada está vinculada con la existencia de prácticas o políticas que podrían calificar como cláusulas abusivas, corresponde emplear los mecanismos legalmente establecidos. La actividad de fiscalización del Indecopi y el correspondiente procedimiento administrativo sancionador por infracción al Código de Consumidor es la vía idónea.

Sin otro particular, nos valemos de la ocasión para reiterarle nuestra especial consideración y estima personal.

Atentamente,

Jaime Dupuy Ortiz de Zevallos
Director Ejecutivo

OPINIÓN LEGAL

PROYECTO DE LEY N° 7887/2024-CR

PROYECTO DE LEY QUE PERMITE EL INGRESO DE ALIMENTOS Y BEBIDAS EN LOS EVENTOS DE CONCURRENCIA MASIVA.

1. La propuesta es inconstitucional por contravenir la libertad de empresa

El artículo 59 de la Constitución reconoce la libertad de empresa dentro del régimen económico de una economía social de mercado. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente 0011-2013-PI/TC, delimitó el contenido constitucional de la libertad de empresa, indicando que esta garantiza: (i) la libertad de acceso; (ii) la libertad de salida o cierre; y, (iii) la libertad de organización. Respecto de esta última, el TC señaló que esta se da “*A través del reconocimiento a la libertad de organización de la empresa, que garantiza al empresario la facultad de establecer los objetivos propios de la empresa, con el fin de dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del mercado*” (fundamento 32).

Así, se observa que es parte de la libertad de empresa el que los agentes económicos diseñen y lleven a cabo su proyecto comercial, considerando sus recursos, las condiciones de mercado, y la finalidad de su empresa.

La libertad de empresa (entendida como la libertad para organizar su actividad empresarial y llevar a cabo el proyecto comercial) tiene determinados límites. En particular, el Código de Protección y Defensa del Consumidor (el Código) define y regula las denominadas “cláusulas abusivas”. De acuerdo con el Código, las cláusulas abusivas son “aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad, o anulen sus derechos”¹.

El fundamento de la existencia de una disposición como la citada previamente es que, reconociéndose la importancia de las cláusulas generales de contratación en los contratos por adhesión como mecanismo que optimiza las relaciones proveedor-consumidor (en tanto se reducen los costos de transacción de ambas partes, permitiéndoles a ambos una asignación eficiente de recursos), se reconoce también la posibilidad de que algunas de estas cláusulas puedan resultar particularmente nocivas a los consumidores.

Es preciso hacer énfasis en que no todas las cláusulas generales de contratación son, en sí mismas, abusivas. Considerar lo contrario implicaría descartar todo el sistema de contratación por adhesión. Por ello, el artículo 49.2 del Código señala que la evaluación sobre una cláusula (para verificar si es abusiva) debe tener en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

¹ Ver artículo 49.1 del Código.

El marco legal expuesto previamente permite concluir que la evaluación de aquellas condiciones contractuales del bien o servicio a contratar debe realizarse caso por caso. Ello permite precisamente la evaluación de cómo es que los agentes económicos realizan su oferta comercial, respetando así la libertad de empresa.

No obstante, el Proyecto propone prohibir que los organizadores de espectáculos o eventos con capacidad igual o mayor a 100 personas establezcan (en ejercicio de su libertad de organización empresarial) qué alimentos o bebidas pueden ingresar a sus instalaciones. Ello, bajo el argumento que esta actividad sería una cláusula abusiva. Por ello, la iniciativa legislativa contiene una proposición que resulta inconstitucional y que no respeta la legislación vigente sobre protección al consumidor.

2. La propuesta contenida en el Proyecto no contempla Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, pese a ser la base de esta iniciativa legislativa.

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Proyecto, el problema público identificado es el hecho de que existirían “prácticas abusivas en las que incurren los organizadores de eventos de concurrencia masiva, al impedir a los consumidores ingresar con alimentos y/o bebidas para su consumo personal, a pesar de que dichos productos son ofertados en dichos eventos, lo cual vulnera el derecho a elegir de los consumidores, por lo tanto, se constituyen en prácticas abusivas” (Sic.).

No obstante, para sustentar dicho problema público, no se realiza una evaluación de por qué este impedimento, delimitado (según los términos del Proyecto) a “eventos de concurrencia masiva”, sería una restricción que califique como una cláusula abusiva limitativa de derechos. Únicamente se citan los artículos del Código de Protección y Defensa del Consumidor referidos a las cláusulas abusivas, y a la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, cuyo contenido fue aclarado mediante Resolución 467-2018/SPC-INDECOPI, ambas emitidas por la Sala Especializada en Protección al Consumidor (SPC).

Manifiestamos nuestra preocupación en la medida de que la identificación del problema público se limita a extender un razonamiento de un pronunciamiento específico de la autoridad de protección al consumidor (el Indecopi), aplicando la normativa vigente. Ello, por sí solo, evidencia la poca rigurosidad del Proyecto, sobre todo tratándose de una iniciativa que restringe derechos fundamentales, como lo son la libre iniciativa privada y la libertad de empresa.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante detallar el contenido de las dos resoluciones indicadas previamente, por ser el sustento del Proyecto.

La Resolución 467-2018/SPC-INDECOPI se emitió en el marco de una denuncia interpuesta por Aspec contra la empresa Cineplex S.A. (Cineplanet), que cuenta con diversas salas de cine a nivel nacional. De acuerdo con la denuncia, la prohibición de ingreso de alimentos y bebidas a las salas de cine distintos a los vendidos en estos establecimientos sería una cláusula abusiva.

La primera instancia consideró que esta restricción no calificaba como una cláusula abusiva, pues se encontraba dentro de la libertad de empresa. Aspec apeló dicho pronunciamiento y, en virtud de dicho recurso, la SPC emitió la Resolución 467-

2018/SPC-INDECOPI. En este pronunciamiento se declaró, por mayoría (no por unanimidad), que la prohibición sí calificaba como una cláusula abusiva, y se ordenó a Cineplex a permitir el ingreso de alimentos y bebidas a sus locales comerciales.

Si bien en este caso se sancionó a una empresa porque consideró que se impusieron cláusulas abusivas, lo cierto es que la evaluación que realizó la SPC fue al caso específico de la restricción planteada por la empresa denunciada.

En efecto, la SPC evaluó las justificaciones planteadas por la empresa denunciada (fundamento 76 de la resolución). Asimismo, se verificó la actividad económica de dicho agente económico, para determinar si la restricción en este caso en particular constituye una cláusula abusiva (fundamentos 79 y 80 de la resolución).

Por otro lado, el voto en discordia señaló que la restricción de ingreso de alimentos y bebidas planteada por Cineplex forma parte de su modelo empresarial y de su estructura de costos, fijados en ejercicio de su libertad de empresa. Por ello, no vulnera las normas de protección al consumidor.

Posteriormente, a través de la Resolución 467-2018/SPC-INDECOPI, la SPC realizó diversas precisiones a su pronunciamiento inicial, en donde se destacan los siguientes puntos²:

- Se hace énfasis en que la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI se emitió para el caso específico de un solo agente económico (fundamentos 27 y 29).
- La decisión del Colegiado no fue unánime, sino en mayoría (fundamentos 29 y 31).
- Se excluye a las salas de cine “Prime” del razonamiento de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, por tener un modelo de negocio distinto al de las salas de cine “regulares” que no ha sido evaluado en ese pronunciamiento (fundamento 34).

Como se puede apreciar, bajo ningún supuesto el Indecopi concluyó que la prohibición de ingreso de alimentos y bebidas sea, en sí misma, una cláusula abusiva. El Proyecto omite esta situación en su análisis, haciendo referencia a un presunto problema público relacionado con un aspecto sobre el cual la propia autoridad no tiene un consenso (la primera instancia declaró infundada la denuncia y posteriormente la decisión de la SPC fue por mayoría) y que se ha indicado en reiteradas oportunidades que el análisis debe hacerse caso por caso.

Tan es así que, incluso tratándose del propio imputado, la SPC diferenció sus ofertas comerciales entre las salas de cine “regulares” y las salas de cine “Prime” (en donde la restricción se mantiene). ¿Cómo sería posible extender el razonamiento de este caso a todo espectáculo, si es que el propio Indecopi indicó que no aplica a un tipo específico de salas de cine del agente investigado?

² Entre paréntesis los fundamentos de la Resolución 467-2018/SPC relevantes.

En todo caso, si existiese un razonamiento que debe respetarse y extenderse es el referido al análisis caso por caso, considerando no solo la industria y la empresa, sino también las particularidades de cada una de sus ofertas comerciales.

3. La Exposición de Motivos ha considerado parcialmente los textos académicos y jurisdiccionales para sustentar el Proyecto.

Para complementar el análisis de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, la Exposición de Motivos recurre a la Tesis de Grado de Máster de la señorita Wendy Sánchez Ayen. Dicho trabajo desarrolla el concepto de libertad de empresa en el marco de la referida resolución.

En particular, la Exposición de Motivos (con la finalidad de sustentar por qué es relevante proteger el derecho a elegir de los consumidores frente a limitaciones como las del ingreso de alimentos a espectáculos) cita dos párrafos en donde se define el derecho a elegir de los consumidores. No obstante, el trabajo de investigación no se limita a definir este derecho, sino que lo evalúa considerando el derecho a la libertad de empresa.

Llama la atención que la Exposición de Motivos no haya reparado que la tesis de la señora Sánchez analiza la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, indicando que, *“ante una ponderación de dos derechos constitucionalmente protegidos que entran en conflicto, como es el derecho a elegir de los consumidores y el derecho a la libertad del modelo de negocio de la empresa, se advierte que al vulnerarse el derecho a elegir de los consumidores, la afectación es menor a la causada al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, debido a que, **al permitir el ingreso de alimentos que no son adquiridos al proveedor del servicio de proyección de películas, se está modificando la organización del negocio creado por la empresa.** (...) si bien al consumidor se le está limitando el derecho a elegir qué producto puede o no consumir durante la proyección de la película, **dicha afectación no daña el contenido esencial del derecho fundamental,** en razón a que, el consumidor sí puede elegir dónde adquirir los alimentos, pero no puede consumirlos en el interior de las salas de cine, si dichos productos no adquiridos a la empresa”³ (subrayado y resaltado agregados).*

El referido trabajo de investigación es contundente al concluir que *“es razonable que se limite el derecho a elegir qué producto consumir durante la proyección de la película en el establecimiento del cine, cuando en el establecimiento se ofrecen productos para ser consumidos en el interior de las salas de cine”⁴.*

De otro lado, la Exposición de Motivos ha empleado como fuente la Sentencia del 10 de octubre de 2018, emitida por el Décimo Primer Juzgado Constitucional Sub Especializado en Asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi (el Juzgado). Dicho pronunciamiento se emitió, precisamente, en un proceso de amparo interpuesto por

³ Sánchez Ayen, Wendy Susana de los Milagros (2020). Análisis de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI: Derecho a la libertad de empresa en el modelo de negocio de los cines frente al derecho a elegir de los consumidores. Tesis para optar por el grado de Magister en Derecho de la Empresa. Universidad de Piura. P. 57. Recuperado de: <https://pirhua.udep.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/28580a96-cbf4-4b47-9b80-df3aea95335c/content>

⁴ *Id.*

Cineplex contra la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI. Ello, con la finalidad de reforzar el hecho de que la prohibición emitida por el Indecopi no trajo perjuicios económicos a Cineplex.

No obstante, nuevamente se deja de lado que el pronunciamiento judicial se ciñe a analizar una resolución emitida en un caso específico (el que, como hemos mencionado previamente, ha sido enfático en indicar que la evaluación de este tipo de limitaciones se debe hacer caso por caso).

Además, el propio trabajo de investigación citado en la Exposición de Motivos (la tesis de la señora Sánchez) analiza la referida Sentencia. La autora señala que las conclusiones del Juzgado resultan contrarias a la libertad de empresa, como se puede observar a continuación:

“Es importante precisar que en el razonamiento realizado por Indecopi y el Poder Judicial sobre la afectación al derecho a elegir de los consumidores, no se ha tenido en cuenta que el derecho a la libertad de organización del negocio, permite determinar de qué forma un proveedor diseña su estrategia de la oferta de bienes y servicios con el fin que le genere una mayor rentabilidad. (...) si bien la eliminación de la prohibición del ingreso de alimentos a las salas de cine no ha generado un considerable perjuicio económico a la empresa, no puede afirmarse que no se ha vulnerado el contenido esencial del derecho. En virtud a que, todo el diseño del modelo del negocio se encuentra dirigido a generar una mayor rentabilidad y no puede analizarse cada servicio de forma separada. Por lo que, al permitir el ingreso de alimentos y/o bebidas al establecimiento de las salas del cine, ya constituye una afectación a su modelo de negocio de la empresa.”⁵

Todo ello no solo refuerza el hecho de que la propuesta contenida en el Proyecto resulta inconstitucional. También evidencia la poca rigurosidad que se ha tenido al evaluar los textos académicos y jurisdiccionales empleados para darle sustento.

En todo caso, si la preocupación identificada está vinculada con la existencia de prácticas o políticas que podrían calificar como cláusulas abusivas, corresponde emplear los mecanismos legalmente establecidos. La actividad de fiscalización del Indecopi y el correspondiente procedimiento administrativo sancionador por infracción al Código de Consumidor es la vía idónea.

4. Conclusiones

En atención a lo expuesto, saludamos la iniciativa legislativa, presentando de forma complementaria las siguientes sugerencias y precisiones:

- La propuesta resulta inconstitucional, por contravenir la libertad de empresa, en lo referido a libertad de organización. Bajo esta libertad, los agentes económicos llevan a cabo su proyecto comercial (como lo es determinar qué productos ingresan a sus establecimientos comerciales). Asimismo, se contraviene la regulación vigente contenida en el Código de Protección y Defensa del

⁵ Sánchez Ayen, Wendy Susana de los Milagros. *Op. Cit.* Pp. 59-60.

Consumidor, que indica que las cláusulas abusivas se evalúan considerando las particularidades de cada caso.

- El Proyecto sustenta su iniciativa en la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI, sin considerar que la propia decisión del Indecopi es clara al señalar que la evaluación se realiza caso por caso. Asimismo, se omite el íntegro de la Resolución 467-2018/SPC-INDECOPI, que precisa los alcances del pronunciamiento inicialmente señalado y reitera que los análisis deben realizarse considerando las particularidades de cada caso.
- La Exposición de Motivos sustenta el Proyecto sobre la base de un trabajo de investigación analizado parcialmente. Dicho trabajo concluye que propuestas como la contenida en el Proyecto resultan inconstitucionales por vulnerar la libertad de empresa.
- Si la preocupación identificada está vinculada con la existencia de prácticas o políticas que podrían calificar como cláusulas abusivas, corresponde emplear los mecanismos legalmente establecidos. La actividad de fiscalización del Indecopi y el correspondiente procedimiento administrativo sancionador por infracción al Código de Consumidor es la vía idónea.