

Cuando el derecho no es suficiente: El Análisis Económico del Derecho en el caso Aspec contra Cineplex y Cinemark

When law is insufficient: Law & Economics in the Aspec vs. Cineplex and Cinemark case

Enzo Segovia Trocones*
Karina Olano Rodríguez**
BBGS Abogados

Resumen:

El presente artículo se basa en la importancia de la aplicación del análisis económico en el Derecho, en primer lugar, explicando cómo es posible su aplicación conjunta en las diferentes ramas de esta disciplina jurídica, señalando aquellas en las que su aplicación es más permeable y otras en las que aún se puede percibir cierta reticencia. Luego, el artículo centra el análisis en la aplicación del enfoque económico en el derecho de protección al consumidor, para luego finalizar con el estudio de dos casos controvertidos entre la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (en adelante, Aspec) contra las dos grandes cadenas de cines más grandes del país en las que se aprecia una clara ausencia del análisis económico del derecho en el desarrollo de la motivación de ambas resoluciones.

Abstract:

The present paper is based on the importance of use law and economics, in the first place, explaining how it is possible the combined use of it in different legal branches, pointing those in which it use is more permeable and others where some reticence can be perceived. After that, the paper focuses the analysis in the use of economics in consumer protection branch, to finally use two controversial cases between the Consumers and Users Peruvian Association and two of the more important movie theater chains of the country, in which it is appreciable the lack of use of a law and economics in the motivation of both decisions.

Palabras clave:

Análisis Económico del Derecho – Protección al consumidor – Indecopi – Derecho administrativo sancionador

Keywords:

Law and economics – Consumer protection – Indecopi – Administrative sanctioning law

Sumario:

1. Introducción – 2. El Análisis Económico del Derecho – 3. Aplicación del AED en materia de protección al consumidor – 4. Caso Aspec vs. Cineplex y Cinemark – 5. Aplicando AED – 6. Conclusiones – 7. Bibliografía

* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente legal en el área de Competencia y Protección al Consumidor de BBGS Abogados. Adjunto de Docencia del Curso de Instituciones de Derecho Mercantil en la PUCP. Ex miembro del Consejo Directivo de la Asociación Civil Foro Académico. Contacto: esegovia@sacovertiz.com

** Abogada Titulada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada asociada en el área de Competencia y Protección al Consumidor de BBGS Abogados. Especialista en Temas de Protección al Consumidor, Competencia Desleal y Protección de Datos Personales. Contacto: kolano@sacovertiz.com

"No es una discusión entre liberales y socialistas.

Es una discusión entre pensar un poquito o decidir no hacerlo"¹.

1. Introducción

¿Qué pensaría si de pronto el Estado ordena que los comensales de su restaurante puedan consumir sus propios alimentos al interior de su establecimiento?, haciendo uso de sus mesas, utensilios, personal y dejando sus desperdicios para que se tome el trabajo de limpiarlo. Indudablemente, intuimos que su respuesta sería "indignación". Este acto de intromisión del Estado vulnera su libertad que tiene como empresario al decirle indirectamente cuál es el objeto de su negocio o qué aspectos tiene que tolerar de parte de los consumidores. En el ejemplo, el negocio de restaurante se vería reducido al alquiler de espacios, mesas o sillas, y si usted es un cocinero de vocación, el Estado no solo ha vulnerado su libertad empresarial, sino también su derecho al trabajo y hasta el libre desarrollo de su personalidad.

Para evitar vulneraciones como la descrita el derecho establece una serie de reglas que regulan la intervención del Estado en la economía; sin embargo, para aplicarlas correctamente no es suficiente conocer acerca del acto administrativo, el principio de legalidad, la protección al consumidor o las reglas que regulan el proceso competitivo, sino que también es necesario saber cómo funciona el mercado y qué efectos tienen las decisiones de los operadores jurídicos en el comportamiento de los distintos agentes económicos.

El Análisis Económico del Derecho (en adelante, AED) surgió como respuesta a la necesidad de comprender desde un punto de vista económico los problemas jurídicos, en especial los vinculados a los mercados de bienes y servicios. Los aportes en la década de los 60 de autores como Becker, Posner, Coase y Calabresi son fundamentales para comprender cómo así el Derecho puede ser explicado desde la Economía y proponer políticas legislativas o una solución a los conflictos de intereses concretos de forma más eficiente.

En este artículo aplicaremos el enfoque económico para tratar de entender los efectos de la Resolución Final N° 219-2018/SPC-INDECOPI (en adelante, la Resolución), emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi (en adelante, el Tribunal del Indecopi) en el caso promovido por la Aspec contra las cadenas de cine Cineplex S.A. y Cinemark del Perú S.R.L.

2. El Análisis Económico del Derecho

La Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE) define el AED como "la aplicación [de] métodos científicos y estudios sistemáticos, usuales en la teoría económica, como la estadística, análisis costo-beneficio, estudio de costos de transacción, teoría de juegos, economía del comportamiento, entre otros esquemas que contribuyen al análisis y explicación del sistema jurídico y de las normas que rigen las sociedades"².

La primera pregunta que nos hacemos cuando hablamos de AED es si es posible estudiar las normas jurídicas o los fenómenos del Derecho aplicando los conocimientos y métodos desarrollados por la Economía³. ¿Son disciplinas, ciencias, procedimientos y principios compatibles o su aplicación cruzada podría conllevar a resultados alejados de la realidad?

Para ello, es importante recordar que la Economía se define como la ciencia que estudia la gestión de la escasez, la adopción de decisiones humanas en situaciones en las que los recursos disponibles para atender diversos fines tienen diferentes usos alternativos y son escasos⁴. Economistas como Robbins⁵ consideran que la Economía es simplemente el estudio de las causas del bienestar material o la ciencia que estudia el comportamiento humano como relación entre fines y medios escasos susceptibles de usos alternativos. Para Mankiw⁶, la Economía es el estudio del modo en que la sociedad gestiona sus recursos

1 *Libertad bamba*, por Alfredo Bullard. Columna de opinión en "El Comercio". (Bullard, 2018b)

2 Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE), ¿Qué es AED? Recuperado de <http://www.alacde.org/sobre-nosotros/que-es-aed>, 2020.

3 Gabriel Doménech, "Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho", *Revista de Administración Pública* N° 195, 99-133 (2014). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4935394.pdf>

4 Doménech, "Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho".

5 Lionel Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (M. & C. Limited, Ed., 1932). Recuperado de <http://mises.org/books/robbinssay.pdf>

6 Gregory Mankiw, *Principios de economía*, sexta edición (C.L Editores, Distrito Federal, 2012).

escasos y para autores como Becker⁷, la Economía puede ser aplicable a un ámbito que va más allá de la asignación de recursos como bienes materiales. Asimismo, este último sostiene que lo que realmente distingue a la economía como disciplina de otras enmarcadas en las ciencias sociales no es su temática, sino su enfoque⁸.

Por otro lado, en su acepción objetiva, se puede definir al Derecho, de acuerdo con la definición que sostiene Bobbio, como el conjunto orgánico de normas “cuya ejecución se encuentra garantizada por una sanción externa e institucionalizada” (Bobbio, 2016). Autores como Bullard (2002) señalan que el Derecho no es, en realidad una ciencia, sino más bien un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos, por lo que su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre.

Aquí se puede observar un primer punto de compatibilidad de estas dos disciplinas del conocimiento, claro está, tomando la Economía como enfoque y al Derecho como objeto. Mientras que el Derecho puede ser considerado como un sistema artificial para regular las conductas y conflictos de los individuos, por el otro, la Economía puede ser aquel método que podría ayudar a regular justamente esas conductas en la medida que consideremos que las decisiones en el Derecho también implican un proceso de asignación en el que la escasez y la elección entre alternativas se encuentran presentes.

De esta manera, es compatible analizar el Derecho con herramientas o teorías económicas más aun cuando el Derecho mismo estudia el comportamiento de personas en contextos en los que la gestión de la escasez se encuentra muy a menudo.

Así, la aplicación del AED ha tenido como tierras fértiles ciertas ramas vinculadas especialmente al tráfico comercial y al mercado en general; esto se explica por la concepción tradicional de la Economía, toda vez que esta ha sido aplicada principalmente cuando el objeto de estudio son los bienes materiales susceptibles de cuantificación monetaria y no tanto con aquellos que representan un valor sentimental o moral cuya cuantificación depende principalmente de criterios subjetivos.

Al respecto, Becker⁹ sostiene que “tal vez la razón por la que la Economía se liga más a los bienes materiales es que aún existe mucha resistencia a someter ciertos tipos de comportamiento humano al frío cálculo económico”. Algunos ejemplos que podemos mencionar en los que el Derecho es más permeable a admitir el empleo de conceptos y teorías económicas, son los siguientes:

- Derecho Civil: la sofisticación de las relaciones comerciales de las distintas empresas ubicadas en diversos planos de la cadena productiva ha hecho que la regulación de sus vínculos mediante las leyes y códigos requieran de una perspectiva económica para la resolución eficiente de sus conflictos. La eficiente asignación de riesgos y la reducción de los costos de transacción son algunas ventajas que se puede obtener si se aplica el AED en la regulación de los contratos.
- Derecho Administrativo: la rama que regula la forma cómo el Estado debe acercar los distintos derechos reconocidos en la Constitución a los ciudadanos requiere de la toma de decisiones basadas no solo en el balance de los valores y bienes estrictamente jurídicos, sino también en principios económicos a fin de hacer que las decisiones de la Administración Pública repercutan óptimamente en el bienestar de todos.
- Derecho del Trabajo: las decisiones de los juzgados laborales deben tomar en cuenta no solo los derechos de los trabajadores basados en su dignidad, sino también los efectos que dichas decisiones pueda tener en la productividad de las empresas empleadoras y en su viabilidad a largo plazo a fin de preservar su función económica en la sociedad como unidad generadora de empleo y bienestar social.
- Derecho de la Competencia y Mercados Regulados: En esta rama, la Economía ya se venía usando de forma necesaria desde su concepción, en la medida que ayudaba al aplicador del Derecho a responder preguntas como “¿cuál es la participación del demandado en el mercado?” o “¿reducirá el control de precios la disponibilidad de seguros automotrices?”¹⁰; con la finalidad de sustentar la existencia de una práctica anticompetitiva o justificar la intervención del Estado en mercados naturalmente monopólicos.
- Derecho Tributario: otra rama del Derecho en el que la aplicación del AED es completamente factible debido principalmente a que la regulación de la relación jurídica entre el Estado y el contribuyente se

7 Gary Becker, “Enfoque Económico del Comportamiento Humano”, *ICE: Revista de Economía* 557 (1980): 11–18.

8 Becker, “Enfoque Económico del Comportamiento Humano”.

9 Gary Becker, “Enfoque Económico del Comportamiento Humano”, *ICE: Revista de Economía* 557 (1980): 11–18.

10 Robert Cooter & Thomas Ulen, *Derecho y economía*, Segunda Ed (F. C. Económica, Ed., 2008). <https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n21.2013.4842>

debe hacer necesariamente desde una perspectiva coherente con la política macroeconómica. En ese sentido, no es posible concebir la creación de un impuesto sin antes haberse realizado un estudio de los efectos económicos que traería este tributo a la actividad económica gravada.

- Derecho de la Propiedad Intelectual: la protección de los derechos de autor y de la propiedad industrial no es posible realizarla únicamente tomando en cuenta aquello que justifica el reconocimiento de los derechos de los autores e inventores de obras y patentes, su regulación estaría incompleta si el Derecho no contemplara la escasez que generaría en el mercado el otorgamiento de un derecho de exclusiva por un tiempo indiscriminado o los desincentivos que traería su falta de regulación para la innovación o la creatividad.
- Derecho Sancionador: la regulación de la potestad punitiva del Estado tradicionalmente ha sido concebida desde un ámbito puramente jurídico; sin embargo, existen aspectos en los que la aplicación del AED resulta muy útil. En cuestiones como la graduación de la sanción, el plazo de la pena o la tipificación de circunstancias agravantes se toma en cuenta el enfoque económico para predecir la efectividad de la norma.

Por otro lado, así como podemos nombrar áreas del derecho en los que la economía se ha podido hacer espacio, también existen ámbitos en los que la inclusión del AED ha devenido en escenarios controvertidos.

- Derecho de Familia: la elección de uno de los progenitores para decidir la tenencia de un menor, la decisión de otorgar un divorcio o la declaración de paternidad a menudo responden a criterios basados en la solvencia moral, dignidad, la aptitud, o el interés superior del niño. Evaluar estas decisiones desde una óptica económica implica la cuantificación de efectos positivos y negativos que tal decisión podría traer para los sujetos involucrados, lo que, en muchas ocasiones, podría verse como un atentado contra los principios morales tradicionales que se encuentran implícitamente impregnados en su regulación. Sin embargo, ha habido trabajos que han desarrollado a nivel teórico la aplicación del AED en la familia como *"A Treatise on the Family"* de Gary Becker o *"Análisis Económico del Derecho de Familia: una breve mirada al derecho de familia como una forma de promover la estabilidad del matrimonio"* del profesor Rodrigo Barcia, los cuales hablan de los efectos que tienen las políticas públicas que regulan la institución del matrimonio como la natalidad, el divorcio, la percepción de los hijos como bienes de consumo, la estabilidad conyugal, etc.
- Derechos Humanos: esta es otra rama que se ha mostrado reacia a la inclusión de un análisis económico bajo el argumento de que los derechos fundamentales de las personas no pueden ser mercantilizados. Se ha sostenido que los principios/derechos como la dignidad, la salud, educación, libertad, identidad o los derechos civiles y políticos de los ciudadanos prevalecen ante los beneficios en eficiencias que podría concluir la aplicación del AED en estas materias, por lo que su aplicación resultaría incompatible en este ámbito.

De esta manera, el AED estudia los fenómenos jurídicos desde un enfoque económico, aplicando determinadas teorías o modelos con el fin de encontrar una solución más eficiente, ofreciendo así un "criterio normativo útil para la evaluación del derecho y de las políticas"; siguiendo a Deménech¹¹, para que esta proposición haga sentido, se debe partir de un conjunto de premisas, las cuales son las siguientes:

- i) El Derecho influye sobre la conducta humana.

Las normas jurídicas tienen la capacidad de orientar la conducta de los sujetos en la medida que sus efectos pueden constituir incentivos o desincentivos de determinadas actividades que se realizan en la realidad social. Por ejemplo, la creación de un impuesto al consumo de cigarrillos o al uso del vehículo de combustibles fósiles puede tener como consecuencia que algunas personas dejen de fumar o que cambien su movilidad a una de propulsión eléctrica o a gas.

Ahora bien, puede darse el caso que, aun con la existencia de una norma, los individuos sigan realizando la actividad objeto de regulación, como sucede con las normas penales que prohíben, por ejemplo, el tráfico de drogas y pese a ello diversos Estados alrededor del mundo siguen luchando por su erradicación. Este enunciado no le resta validez a la premisa, puesto que, en mayor o menor medida, las normas tienen un grado de influencia en el comportamiento humano; no obstante, su efectividad dependerá también de otros factores que determinen el comportamiento y de cuán acertada se encuentre su regulación a la realidad del fenómeno social que pretende regular.

11 Doménech, "Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho".

Siguiendo el ejemplo anterior, la prohibición del tráfico de drogas en la mayoría de los países del mundo ha traído como única consecuencia la creación de un mercado negro en el que se gestaron otros problemas sociales como, el crimen organizado o los riesgos para la salud pública. Tal vez, una política antidrogas sería más efectiva, si se partiera de la premisa de que existe un mercado de narcóticos con consumidores y productores cuya solución no se basa en la prohibición de la actividad en sí, sino más bien en comprender su funcionamiento y desarrollar de una política educativa que apunte a la prevención.

ii) La influencia del Derecho es explicable y predecible de cierta manera de acuerdo con un determinado modelo teórico.

Para poder dar una explicación a los efectos que puede traer una norma sobre el comportamiento humano se debe emplear modelos que se sostienen en presupuestos como los siguientes: i) la *"elección racional"*, el cual asume que los individuos toman decisiones basadas en la razón, libres de errores lógicos; ii) el *"comportamiento maximizador"* que reza que todo individuo busca siempre obtener el mayor beneficio en cada elección que realice; iii) las *"preferencias estables"*, se considera que las preferencias de los individuos son las mismas durante el corto y mediano plazo. Estos presupuestos orientan la conducta de los individuos en búsqueda siempre de reducir sus costos en cada toma de decisión e incrementar sus beneficios o utilidades¹². Doménech¹³ sostiene que las normas jurídicas influyen sobre la conducta humana "de una manera muy parecida -y tan predecible- a como lo hacen los precios. Si, por ejemplo, se endurece la sanción legalmente prevista para quienes cometan determinadas infracciones, es previsible, ceteris paribus, que disminuya el número de las mismas (...)".

iii) Todas las decisiones jurídicamente relevantes, se adoptan en condiciones de escasez.

*"Nada es gratis, ni siquiera para el Leviatán"*¹⁴. Según esta premisa se presupone que toda acción del Estado que busque atender un derecho o satisfacer una demanda de los diversos grupos sociales implicará un costo, por lo que, dado que los recursos del Estado son escasos, cualquier política pública implicará necesariamente dejar de desarrollar otra. En este sentido, es un principio básico para los gobernantes aceptar la premisa que no es posible satisfacer las demandas de todos en forma absoluta, por lo que el legislador deberá evaluar y adoptar las variables que le permitan tener un resultado óptimo al menor costo social.

En consecuencia, debemos observar desde un punto de vista crítico que la "economía es aquella disciplina matemática que tiene que ver con el estudio de la inflación, el desempleo, los ciclos de negocios y otros fenómenos macroeconómicos ajenos a las preocupaciones del día a día del sistema legal"¹⁵ inservibles para resolver los problemas jurídicos y comenzar a pensar que su utilización en los contextos adecuados, puede traer resultados importantes para determinar una efectiva política legislativa y dotar de mejores criterios a los operadores del ordenamiento jurídico para resolver controversias concretas.

3. Aplicación del AED en materia de protección al consumidor

El Derecho de Consumo o de Protección al Consumidor (denominado así desde una perspectiva puramente tuitiva) no es ajeno a la aplicación del análisis económico. De hecho, esta disciplina, juntamente con el Derecho de la Competencia, el Derecho Antidumping o el Derecho Administrativo Económico son las áreas del Derecho que han incorporado dentro de su análisis la variable económica en algunos casos de manera obligatoria.

Esto se puede ver a nivel institucional en la conformación de órganos resolutorios del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi) que tiene encargada la función de velar por los mandatos constitucionales en estas materias. El Indecopi cuenta con un tímido número de profesionales en economía que realizan la labor analítica económica en los distintos procedimientos llevados a cabo por sus órganos resolutorios los que se conforman principalmente por abogados tal como se puede observar en el siguiente gráfico:

12 Al respecto, véase Thaler, R. *"Economía del Comportamiento: pasado, presente y futuro"*. Revista de Economía Institucional. vol. 20, N° 38, primer semestre/2018, pp. 9-43.

13 Doménech, "Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho",

14 Doménech, "Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho".

15 Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, en A. Publishers (Ed.) (Wolters Kluwer, 2007). <https://doi.org/10.2307/825241>

Área resolutive	Profesionales	
	Derecho	Economía
Comisión de Defensa de la Libre Competencia	13	8
Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias	8	8
Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas	24	1
Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor N° 2	17	1
Comisión de Protección al Consumidor N° 1	25	1
Comisión de Protección al Consumidor N° 2	23	0
Comisión de Protección al Consumidor N° 3	8	1
Sala Especializada en Defensa de la Competencia	12	4
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas	12	1
Sala Especializada en Protección al Consumidor	30	0

Fuente: Solicitud de Acceso a la Información Pública
 Gerencia de Recursos Humanos Indecopi (2020)
 Elaboración: Propia

Es necesario tener presente que más de uno de los citados órganos resolutivos del Indecopi no cuentan con ningún economista, pese a la importancia que reviste incluir un análisis económico para la resolución de los casos que son de su competencia. Por ejemplo, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, que en muchos casos resuelve en última instancia los procedimientos administrativos no cuenta con ningún economista, pese a que deciden casos emblemáticos en materia de protección al consumidor que muchas veces determinan los criterios resolutivos a seguir por los demás órganos de menor jerarquía.

De igual modo, la Comisión, y la Sala, de Eliminación de Barreras Burocráticas, órgano resolutivo encargado de determinar la legalidad y razonabilidad de los actos, disposiciones o actuaciones materiales de la Administración Pública que establezcan requisitos, exigencias, limitaciones o prohibiciones cuentan con un solo profesional en economía cada uno, pese a que uno de los criterios que estos órganos deben desarrollar es la evaluación de la proporcionalidad de la exigencia, lo cual requiere indudablemente “colocar valores a los flujos de dichas variables, con el objetivo de representar un sistema de información para la toma de decisiones sobre alternativas posibles”¹⁶, es decir, requiere indefectiblemente de un análisis costo-beneficio.

Es evidente la necesidad de modificar el esquema institucional de los órganos resolutivos del Indecopi en materia económica, en tanto las controversias que surgen en el seno de las relaciones del mercado tienen que ver íntimamente con las leyes económicas que la rigen, razón suficiente para pensar que el análisis económico en el derecho ordenador del mercado no solo es útil para una mejor resolución de los conflictos, sino también necesaria.

Ahora bien, en materia de protección al consumidor, el AED no ha sido tan bienvenido como lo demuestra la jurisprudencia del Indecopi en la última década, lo que se explica en parte por la larga tradición jurídica de los operadores de limitar el análisis de las controversias aplicando distintas figuras del Derecho Civil, del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal, por lo que no ha habido espacio para incluir el análisis económico como criterio resolutivo. No obstante, la doctrina ha identificado algunos problemas que se plantean en el ámbito de la protección al consumidor, así como soluciones que podrían servir para entender mejor los problemas que se encuentran detrás de cada denuncia y proponer soluciones más eficientes.

16 Edgar Ortegón, *Guía sobre diseño y gestión de la política pública* (I. C. para el D. de la C. y la T. “Francisco J. de C. (COLCIENCIAS), O. del C. A. B. (CAB), & U. de A.-I. de E. L. (IELAT), Eds.), 2008.

3.1. La supresión de la negociación en la contratación masiva

Es innegable que la contratación masiva, reflejada en los contratos de adhesión, ha permitido facilitar las relaciones comerciales entre proveedores y consumidores; sin embargo, su aparición significó sacrificar un elemento del contrato que, de acuerdo con la perspectiva jurídica tradicional, se constituía en un elemento importante para la correcta conclusión del acto jurídico: la negociación.

De acuerdo con Bullard¹⁷, "la negociación es precisamente aquel mecanismo que permite a los interesados la progresiva autolimitación de su libertad y que tiene como culminación, a través del acuerdo, el carácter obligatorio del contrato". De esta manera, la negociación permite a las partes ejercer su autonomía de la voluntad, específicamente su libertad contractual o de configuración, entendiéndose esta como la que permite escoger las cláusulas y la regulación interna de la relación jurídica contractual.

Sin embargo, este mecanismo de autorregulación implica asumir muchos costos de transacción. Si bien, comprar una galleta o una botella de agua en la tienda no requiere más que escoger la marca preferida, entregar el dinero al vendedor y recibir el producto, no ocurre lo mismo en contratos como la compraventa de un inmueble o la contratación mediante *leasing* de una grúa para la construcción de un edificio de viviendas. En estos últimos casos, para celebrar bien los contratos se hace necesario obtener información como las condiciones en las que se encuentra el bien, verificar si tiene alguna carga o gravamen, constatar los linderos del predio, buscar información sobre el financiamiento, etc. Para lo cual, seguramente tendrá que contratar los servicios de un abogado y de un asesor financiero, lo que seguramente le demandará tiempo e inversión adicional de dinero. De esta manera, los costos de información, el costo de oportunidad y los derivados de la propia negociación son costos de transacción que necesariamente tendrán que ser asumidos por las partes en una relación paritaria.

Es a partir de la industrialización de la economía en el siglo XIX que se observó un obstáculo al creciente mercado de transacciones generalizadas, toda vez que, estas requerían de una mayor agilidad al momento de cerrar los contratos. La negociación se convirtió en una externalidad, que implicaba una disminución importante de la eficiencia y beneficios que el mercado prometía brindar.

Así, las grandes empresas de consumo masivo (como los fabricantes de autos en serie o los proveedores de comida rápida) explicitaron la necesidad de estandarizar también los contratos que suscribían con sus clientes, por lo que "ello exigió eliminar los costos de transacción que ocasiona la negociación (...). La consecuencia lógica es la reducción o eliminación de la negociación, al menos tal como la entiende la teoría tradicional, de manera que la configuración de la relación jurídica sea una labor encargada a una de ellas".

De esta manera, los proveedores son quienes se encargan de estipular el contenido del contrato y los consumidores solo pueden ejercer su libertad de contratar aceptando o rechazando la oferta, sin posibilidad de discutir alguna cláusula.

Ahora bien, la doctrina se ha preguntado cómo es que este tipo de contratos estándares (contrato modelo/ contrato patrón), también llamados contratos por adhesión (un parte estipula, la otra se adhiere) o términos generales de contratación resultan ser vinculantes para los consumidores si la negociación aparentemente es inexistente.

La respuesta radica en el mercado. Si bien, a simple vista, pareciera que los consumidores no negocian cada uno de sus contratos con los proveedores, lo cierto es que lo sucedido en la contratación en masa es simplemente un desplazamiento del fuero donde ocurre la negociación. Es decir, los consumidores ya no negocian las cláusulas con sus proveedores en cada contrato por separado, sino que lo hacen a través del sistema de mercado compuesto por millones de transacciones que se realizan en él.

Para entender esto, es preciso partir de la premisa que los proveedores que actualmente se encuentran en el mercado están allí porque ofrecen algún valor para un grupo determinado de consumidores que le permite hacer rentable su negocio y sostenerlo en el tiempo. Los proveedores son a los consumidores lo que los políticos son a los electores, si un proveedor no puede atender la demanda de los consumidores, tarde o temprano ese proveedor terminará siendo expulsado del mercado, así como el presidente de la República o un alcalde puede ser vacado si ha perdido su legitimidad popular.

17 Alfredo Bullard, "El derecho a equivocarse: La contratación masiva y la protección del consumidor", en *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 497-666 (Lima: Palestra Editores, 2006).

En este sentido, siguiendo el símil político, cada compra de parte de un consumidor, es un voto de legitimidad; se podría decir que Apple, Alphabet o Facebook están consolidados en el mercado debido a que se encuentran “legitimados” por los consumidores para ofrecer sus servicios, por lo que, si alguna de estas empresas pierde la capacidad de identificar las necesidades de los consumidores y atenderlas oportunamente, por más grandes que sean perderán esa preferencia y terminarán cediendo su lugar a otro proveedor que sí lo pueda hacer.

En esta línea, Slawson¹⁸ sostiene que los contratos estándares realmente no son contratos, pareciéndose más bien a una especie de legislación privada no consensual, ya que, en la práctica, los consumidores no leen los contratos, y si los leen, no los entienden, por lo que su naturaleza se encuentra más próxima a la de una regulación o legislación estatal que a un contrato entre privados.

Evidentemente, no es razonable comparar al 100% el sistema político y el sistema de mercado, dado que cada uno se maneja con sus propias reglas y principios; sin embargo, la figura ayuda a entender que la negociación en las transacciones B2C (*business-to-consumer*) no se ha suprimido, sino que persiste, aunque de manera distinta a como ocurre en los contratos B2B (*business-to-business*).

Ahora bien, la razón por la cual se le ha encargado al proveedor estipular las cláusulas del contrato, radica en que estos poseen más información sobre el mercado la cual obtienen a través de la experiencia o la mercadotecnia, a diferencia de los consumidores quienes, si bien conocen exactamente cuáles son sus preferencias e intereses, ignoran la forma como estas pueden ser satisfechas por los proveedores de manera eficiente y sostenible. Bajo esta perspectiva, los proveedores son quienes se encuentran en mejor posición para redactar las cláusulas del contrato; sin embargo, como ya señalamos, esto implica la gran responsabilidad de saber escoger las cláusulas que se estipularán, bajo apercibimiento de ser expulsados del mercado.

En este sentido, para que este mecanismo de negociación funcione correctamente, es necesario que el mercado cumpla con las siguientes características.

- i) Un número elevado de compradores y vendedores; esto quiere decir que ninguno de ellos tenga la capacidad de imponer el precio o establecer las condiciones de comercialización por sí solo. Esto significa que, en los mercados concentrados o monopólicos, existen menos o nulas posibilidades de que el consumidor pueda ejercer su soberanía, a fin demandar los productos y servicios que realmente desea.
- ii) Que no existan barreras de entrada y de salida del mercado; esto quiere decir que tiene que ser tan fácil emprender un negocio como cerrar el mismo en caso no haya tenido éxito. Esta condición garantiza que en el mercado se encuentren solo aquellos proveedores que gozan de la legitimidad del consumidor, por lo que es tan igual de perjudicial que no puedan ingresar nuevos (y tal vez mejores) competidores al mercado como que se queden los que son demostradamente malos.
- iii) Que todos los agentes del mercado tengan la información adecuada; esta condición se evidencia, en mayor medida, en el caso de los consumidores quienes son los que ignoran muchos aspectos acerca de los productos o servicios que ofrecen los proveedores como, por ejemplo, los precios, la calidad, la existencia de vicios ocultos, las fuentes alternativas de aprovisionamiento, entre otros, puede ayudar al consumidor a tomar una decisión de consumo más eficiente en un mercado cuya información se encuentra fácilmente disponible.

En Economía, estas condiciones se conocen como las características de un mercado de competencia perfecta, en el que el precio llegaría teóricamente a alcanzar al costo marginal de producir un producto, lo que supone que los proveedores se verían privados de sus utilidades.

Ahora bien, en el escenario real esta situación es ideal, en la realidad lo que encontramos a menudo son mercados concentrados, mercados oligopólicos, abundantes barreras de entradas y salida del mercado y, sobre todo, falta de información relevante en los consumidores.

En consecuencia y bajo esta perspectiva, se justifica la intervención del Estado para garantizar, en la medida de lo posible, un adecuado equilibrio entre un mercado monopólico y un mercado de competencia perfecta que beneficie tanto a consumidores como a proveedores.

18 W. David Slawson Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power, *Harvard Law Review* 84 (1971): 529.

3.2. La asimetría de la información

Como señalamos líneas arriba, la principal consecuencia de suprimir la negociación en los contratos de consumo masivo es que solo los proveedores se encargarán de redactar las cláusulas de estos. Esto es señal también de la desigualdad de información que poseen los consumidores respecto de los proveedores, pues en la medida que estos últimos conocen más sobre su propio negocio se encuentran en mejor capacidad de estipular el conjunto de cláusulas que atienda de mejor manera la demanda de su público objetivo.

Ahora bien, el hecho que los consumidores posean menos información que los proveedores en principio no está mal, pues es lógico esperar que mi proveedor automotriz conozca más acerca de las características y bondades de los autos o que mi corredor de seguros sepa cuál es el seguro que mejor se acomoda a mis necesidades y riesgos. De hecho, la división del trabajo propuesta por Adam Smith¹⁹ señala que el hecho de que los diversos individuos en la sociedad se dediquen a realizar las actividades que mejor saben hacer, conjugado con la debida cooperación de las fuerzas laborales permite lograr una producción más eficiente.

El problema está entonces en que los proveedores no brinden la información relevante en el momento oportuno a los consumidores para que estos puedan tomar una decisión de consumo más eficiente. Al respecto, Bullard²⁰ sostiene que "lo que debe evitarse es que en la contratación esa asimetría genere transacciones ineficientes, porque son tomadas sin una adecuada evaluación de costos y beneficios. Por ello el objetivo no es la simetría informativa, sino la información adecuada, entendiendo por adecuada aquella cuya producción para el consumidor cuesta menor que los beneficios que genera. (...)".

En esta línea, una adecuada política de protección al consumidor debe identificar aquellas fuentes de información con las que naturalmente cuenta el consumidor y evitar imponer obligaciones a los proveedores que puedan resultar gravosas o innecesarias. Algunos ejemplos típicos de fuentes de información que podemos citar son las siguientes:

- **El Contrato:** este instrumento se constituye en la principal fuente con la que cuenta el consumidor para obtener información relevante sobre el producto o el servicio que se encuentra contratando; sin embargo, en ocasiones la comunicación de información relevante a través de este mecanismo se complica en mercados complejos como los financieros o los de seguros. La información que contiene un contrato de tarjeta de crédito muchas veces no es fácilmente entendible para un consumidor de a pie o su extensión y tamaño de letra puede desincentivar su lectura, para ello, se puede acudir a otras fuentes de información.
- **La Publicidad:** este mecanismo de transmisión de información es mucho más eficaz al momento de comunicar las bondades o atributos de determinado producto, puesto que emplean recursos creativos de comunicación para captar la atención del cliente; sin embargo, la desventaja es que la información que se muestra en los anuncios publicitarios se encuentra marcadamente sesgada, ya que busca únicamente persuadir al consumidor de realizar la compra de un bien o contratar un servicio. Es por ello, que esta actividad se encuentra regulada por la normativa de protección al consumidor y por la regulación publicitaria que buscan que la información que se muestra a través de este mecanismo sea veraz, transparente y relevante.
- **Medios Externos:** sin duda alguna, una fuente de información muy importante es la que se genera en el mismo mercado a través de la experiencia y retroalimentación. En la era digital es muy fácil encontrar plataformas, foros o redes de usuarios con temáticas especializadas que permiten obtener información sobre un alojamiento, la calidad de un restaurante, o la rapidez de un servicio de taxi. También las redes sociales han permitido que la información de determinados productos se facilite y hasta personalice en relación con los gustos e intereses de cada usuario. Así, la opinión de un "blogger" o "influencer" puede brindar mucha información valiosa sobre un determinado producto que permita a los usuarios escoger con mayor precisión el producto que están buscando.

Ahora bien, como ya se indicó líneas arriba, nada es gratis en el mercado, ni siquiera la información; mientras más información y de mejor calidad se brinde al consumidor, más caro será el producto. Para demostrar

19 Adam Smith, *La riqueza de las naciones*. (Carlos Rodríguez Braun, trad.) (Madrid: Alanza Editorial, 1994) (Obra original publicada en 1776 bajo el título "An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations").

20 Bullard, "El derecho a equivocarse: La contratación masiva...".

que la información puede ser costosa, citaremos lo que ocurre en el mercado turístico. *¿Alguna vez se ha preguntado por que todos los bienes o servicios destinados a los turistas son notablemente caros?*; por ejemplo, un hotel turístico es mucho más caro que uno de la ciudad; un restaurante turístico a menudo vende sus platos un poco más caro que el restaurante de la universidad o de la vuelta del trabajo; el taxi del aeropuerto también es mucho más costoso que un taxi urbano. Cuando el turista llega a su destino, aun cuando haya leído libros de guía turística o haya buscado en internet foros de viajeros, no llegará a obtener la misma información que posee el lugareño o residente de la ciudad.

De esta manera, los operadores del negocio turístico aprovechan dicha falta de información para facilitar a los turistas su estadía ofreciéndoles servicios estratégicos que se muestren como la opción más fácil para el turista, como, por ejemplo, el transporte desde el aeropuerto a la puerta del hotel, restaurantes cercanos a las zonas turísticas, city tours, guías, tiendas de recuerdos, etc. Ahora bien, se podría decir que un turista, antes de partir a su destino, podría hacer una investigación minuciosa de todos los productos y servicios que contratará y así conocer de antemano aquellos proveedores que le ofrezcan lo mejor al menor precio; sin embargo, la gran mayoría de turistas rara vez se informa con semejante intensidad, y aun cuando lo hiciera siempre habrá algo que no se pudo prever, por lo que preferirá pagar un poco más de dinero para no incurrir en costos de búsqueda de información por su propia cuenta.

Si bien el mercado turístico es un ejemplo en el que la asimetría informativa se encuentra particularmente acentuada, la mayoría de los mercados presentan mecanismos para que “se genere cierta información simplemente por su propio sistema de incentivos y estímulos”²¹. Asimismo, no se puede perder de vista que, en ocasiones se presentan circunstancias en la que los proveedores o consumidores pueden dificultar la transferencia de información relevante con el empleo de prácticas publicitarias desleales o la propia negligencia del consumidor que conspiran contra el ideal de tener más transacciones eficientes en el mercado.

En atención a todo lo señalado es que se justifica la regulación estatal de las relaciones de consumo, mediante una política legislativa que se encuentre orientada a “favorecer una información adecuada de los consumidores en el mercado, tratando de eliminar o reducir el impacto de la asimetría existente respecto a los proveedores de los bienes y servicios”²².

3.3. Los productos como conjunto de atributos

Cierto sector de la doctrina sostiene que cuando se compra un determinado producto estamos adquiriendo en realidad varios productos juntos. Por ejemplo, si usted adquiere un automóvil, está comprando a la vez un motor, cuatro llantas más una de repuesto, dos parachoques, dos parabrisas, cuatro ventanas y una computadora. Los proveedores *empaquetan* los productos dependiendo de las preferencias que perciben de los consumidores.

Un ejemplo reciente es lo que ha sucedido con los teléfonos inteligentes; inicialmente este producto salió al mercado como un sustituto del teléfono fijo con la ventaja de no contar con cables. Posteriormente, dada la versatilidad del dispositivo, el teléfono comenzó a incluir otras funciones como la posibilidad de enviar mensajes de texto, una agenda de contactos y hasta las que podían funcionar como calculadoras. Ahora los teléfonos inteligentes son hasta criticados por poseer atributos excesivos que nadie usa o que no agregan un valor real al producto como la abundante cantidad de cámaras, sensores, o el tamaño colosal de sus pantallas.

El aspecto que determina que un proveedor ofrezca cierto paquete de atributos en el mercado depende principalmente si éste es lo suficientemente demandado como para poder hacer rentable su producción. Asimismo, el nivel de demanda del paquete dependerá de si este le otorga al consumidor un valor agregado que justifique un cambio en la estructura del paquete anterior. Como sostiene Holdych y Mann:

“Los productos tienen atributos incorporados a ellos solo cuando los compradores valorizan tales atributos por encima del costo para el vendedor de producir tales atributos. En cuanto los compradores marginales entren al mercado y demanden las características de un atributo, el mercado proveerá tales atributos para todos los compradores del producto. Todos los compradores recibirán el atributo incluyendo a aquellos compradores que no lo conocen o no valorizan. Quienes adquieren casas en barrios con mejores escuelas, por ejemplo, pagan por ese atributo incluso si no tienen hijos en edad escolar. Los no fumadores pagan por encendedores en sus carros, incluso si nunca han abierto un cenicero. El comprador de un paquete de software de procesador de texto paga por

21 Bullard, “El derecho a equivocarse: La contratación masiva...”

22 Bullard, “El derecho a equivocarse: La contratación masiva...”

el thesaurus, el corrector de ortografía y otros aditamentos, sea que no conozca o no quiera utilizar una de estas funciones” (1996)²³.

De esta manera, en principio, son los proveedores los llamados a identificar aquellas necesidades de los consumidores y evaluar su rentabilidad para incluirlas al paquete de productos que se ofrecen en el mercado. Esto es así, en la medida que son solo ellos los que reciben de primera mano el *feedback* de la interacción que mantienen constantemente con los consumidores y quienes se encuentran en mejor posición para procesar dicha información y aprovecharla para generar innovación.

Ahora bien, los proveedores también fijarán el precio del paquete luego de analizar los costos de cada uno de los atributos que escogieron para éste. Este precio dependerá al mismo tiempo de la percepción que cada proveedor tenga de la disposición a pagar por los atributos ofrecidos. En esta línea, Holdych y Mann²⁴ señalan que *“el mercado establecerá cualquier precio de un producto, de manera tal que la valoración o utilidad subjetiva del potencial comprador sea igual o mayor que el valor de cualquier otro paquete alternativo (costo de oportunidad), sea que el comprador prefiera o no todos los atributos en el paquete comprado. En adición, el precio pagado por el comprador es igual o mayor al costo de empaquetar los atributos en el producto en cuestión”.*

De esta manera, el precio sirve como un termómetro de la capacidad de pago de los consumidores, lo que depende al mismo tiempo del nivel de ingresos en un momento y lugar determinados, cualquier intervención que se haga en dicha interacción puede provocar que los precios no reflejen la demanda o que la oferta no atienda adecuadamente las necesidades de los consumidores.

En esta línea, Bullard sostiene que *“no existe diferencia entre forzar a los consumidores a (comprar atributos) adicionales a los deseados y comprar bienes no deseados. Es igualmente contrario al principio de soberanía del consumidor, y, por tanto, a su libertad, forzar a un consumidor a comprar una bicicleta con una durabilidad adicional como atributo extra que forzarlo a comprar una bicicleta cuando lo que quiere es una patineta”²⁵.* El citado autor califica este acto como inaceptable y contrario a la autonomía privada y libertad económica del individuo. No tiene menos razón cuando veamos, a continuación, el caso en el que una asociación de consumidores terminó obteniendo una victoria pírrica luego de interponer una denuncia contra una cadena de cines que presuntamente atentaba contra la libertad de elección de los consumidores.

4. Caso Aspec vs. Cineplex y Cinemark

En febrero de 2017, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) interpuso una denuncia contra las cadenas de cines Cineplex S.A.²⁶ (en adelante, Cineplex) y Cinemark del Perú S.R.L.²⁷ (en adelante, Cinemark); cuestionando los siguientes hechos:

- i. Las cadenas de cine pusieron a disposición del público productos alimenticios que superaban hasta en cinco (5) veces su precio real; Aspec señaló que esta conducta constituiría un atentado contra los intereses económicos de los consumidores y en particular sería una cláusula abusiva y un método comercial coercitivo, en la medida que se estaría obligando a los consumidores a pagar hasta cinco veces más el precio de los productos, no permitiéndoles optar por productos de idéntica o mejor calidad y a precios más cómodos.
- ii. Asimismo, Aspec señaló que dichos productos debían ser adquiridos únicamente en el establecimiento, restringiendo el acceso a las salas de cine con productos que hayan sido comprados fuera, limitando con esto las alternativas de optar por productos de idéntica o mejor calidad a un menor precio. Aspec señaló que se atentaba contra el derecho del consumidor a elegir libremente entre los productos y servicios, pues en la práctica se estaría obligando a consumir determinados productos, ya que el proveedor se estaría aprovechando de una costumbre existente en el mercado en cuestión consistente en adquirir bebidas o alimentos, mientras se disfruta de una película.

23 Traducido por Bullard, A. en El derecho a equivocarse. Texto original: *“Products have attributes embodied in them only when some buyers value those attributes above the seller’s cost of producing the attributes. To the extent that marginal buyers²⁹ enter the market and demand attribute characteristics, the market will provide those attributes to all buyers of the product.³⁰ All buyers will receive the attributes, (...)”*

24 Holdych, T. J., & Mann, B. D., *The Basis of the Bargain Requirement: A Market and Economic Based Analysis of Express Warranties - Getting What You Pay for and Paying for What You Get.* DePaul Law Review, 45, 3 (1996).

25 Alfredo Bullard, *“El derecho a equivocarse: La contratación masiva y la protección del consumidor”*, en *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 497-666 (Lima: Palestra Editores, 2006).

26 Empresa administradora de Cineplanet.

27 Empresa administradora de Cinemark.

- iii. No habría sustentado o explicado que la restricción de un cartel que tenían en sus establecimientos sobre la restricción de ingresar con productos alimenticios que no fueran proveídos por las cadenas de cine. Aspec sostiene que no existe una justificación razonable para prohibir el ingreso con alimentos adquiridos fuera del establecimiento como si ocurre en otros comercios similares como en los teatros o en las óperas donde la prohibición de ingreso con alimentos tiene consistencia para el adecuado disfrute del espectáculo.
- iv. Finalmente, Aspec alegó que las cadenas de cine no pusieron a disposición del público usuario productos alimenticios saludables. En la práctica, el proveedor denunciado estaría negando la posibilidad de que los consumidores se alimenten de manera saludable, toda vez que ninguna sala de cine expende frutas frescas, frutos secos o sándwiches saludables.

En la primera instancia, la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 del Indecopi declaró infundada la denuncia de Aspec, en base a los siguientes fundamentos:

- i. No es competencia de la Administración Pública regular los precios de los proveedores en el mercado.
- ii. No constituía infracción alguna el hecho que las cadenas de cine establecieran la restricción de ingreso, toda vez que esta práctica se encontraba dentro del ámbito de la libertad de la empresa y no contravenía la moral, salud ni la seguridad pública.
- iii. No había obligación legal de informar el sustento de la restricción de acceso a las salas de cine con alimentos adquiridos en el exterior.
- iv. El hecho de no contar con alimentos saludables en la confitería de los cines no configuraba una infracción a las normas de protección al consumidor en la medida que la imposición de un determinado tipo de oferta desnaturalizaría el derecho de los proveedores a la autoorganización empresarial.

En la segunda instancia, el Tribunal del Indecopi, entre otros aspectos, resolvió en la Resolución, los siguientes puntos:

- i. Confirmar el extremo referido a que no es competencia de la Administración Pública regular los precios de los proveedores en el mercado.
- ii. Que, la restricción del acceso a las salas de cine con cualquier tipo de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en su establecimiento comercial se encuentra contemplada como una infracción a los artículos 49.1° y 50° inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor²⁸.
- iii. Que, se acreditó 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.

La principal controversia giró en torno a los referidos numerales ii) y iii) de la Resolución²⁹ (cambiada por el Tribunal del Indecopi de método comercial agresivo o engañoso a cláusula abusiva), la cual consistía en la restricción de acceso a las salas de cine con alimentos adquiridos en establecimientos externos a las salas.

El Tribunal del Indecopi consideró que la restricción materia de denuncia constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, en tanto limitaba los derechos de los consumidores a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad. Ello lo sustentó en que las cadenas de cine no habían podido justificar su restricción (como si tuvieran la obligación de hacerlo) en motivos objetivos tales como la higiene, estructura, orden público, así como evitar daños y molestias a las personas o bienes similares.

Asimismo, en una clara muestra de motivación aparente e insuficiente, la Resolución señala que, si bien el Tribunal del Indecopi no desconoce los derechos de libertad contractual y libertad de empresa de los denunciados, “estas deben ejecutarse con respeto a otros derechos que la Constitución reconoce, tales

28 Se hace referencia a la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, (en adelante, el Código de Consumo).

29 Aunque la primera y cuarta imputación relacionada con los supuestos precios abusivos y la falta de alimentos saludables también revestían de un trasfondo económico, que tanto la Comisión como la Sala pudieron desvirtuarlas categóricamente al amparo del marco constitucional de la economía social de mercado y la imposibilidad de intervención de parte del Estado de controlar los precios o la calidad de los productos y servicios.

como en el presente caso, la protección al derecho de los consumidores³⁰ brindando para ello una escueta y superficial explicación de cómo se ha dado esa vulneración:

(...).

69. De la revisión de la cláusula en cuestión, se desprende que ésta tiene como finalidad limitar 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.

70. Así, en el presente caso, se advierte que tal restricción obliga a los consumidores a aceptar la condición establecida por el proveedor de adquirir los productos en el interior de sus cines, si desea ingresar a éstos. Cabe señalar que dicha situación se agrava, si se tiene en cuenta que, en algunos supuestos, la calidad de los alimentos ofertados es inferior a los que pueden comprarse en el exterior; e, incluso más costosos³¹. (Énfasis añadido).

Como se observa, el Tribunal de Indecopi tuvo una posición absolutamente alejada de la realidad y contraria a las libertades económicas, tanto del consumidor como de los proveedores.

Finalmente, como cereza del pastel, el Tribunal del Indecopi se pronuncia sobre la actividad económica a la que se dedican los proveedores, señalando lo que se visualiza en la ficha del Registro Único del Contribuyente (RUC), es decir, que “el servicio de exhibición y proyección de películas cinematográficas es la prestación o actividad principal que dicho proveedor ofrece a los consumidores y por el cual, estos asisten a las salas de cines; por tanto, la venta de alimentos (productos comestibles, bebidas, entre otros) constituye solo una actividad secundaria (complementaria), ofreciéndose ambos servicios incluso de forma separada”³².

5. Aplicando AED

En primer lugar, es claro que el Tribunal del Indecopi no tuvo en cuenta, ni por asomo, el AED, aun cuando este caso presentaba todas las características típicas para su aplicación, es decir, era perfectamente saludable, útil y hasta necesaria para una correcta resolución de la controversia.

Veamos de qué manera pudo haberse aplicado los conceptos reseñados en este trabajo identificando algunos errores cometidos por la Sala:

i) El primer error: las salas de cine no se dedican a vender alimentos

El Tribunal del Indecopi sostuvo que los proveedores denunciados no se dedicaban a vender alimentos. Ello lo sustentaron en la información disponible en el Registro Único del Contribuyente el cual señala que su actividad económica principal era la “exhibición de películas cinematográficas y cintas de video” y como secundaria la “distribución de películas cinematográficas, videos y programas de televisión”. En base a dicho medio probatorio el Tribunal del Indecopi indicó lo siguiente:

(...).

80. Así, de la valoración del referido medio probatorio se desprende que el servicio de exhibición y proyección de películas cinematográficas es la prestación o actividad principal que dicho proveedor ofrece a los consumidores y por el cual estos asisten a las salas de cines; **por tanto, la venta de alimentos (productos comestibles, bebidas, entre otros) constituye solo una actividad secundaria (complementaria), ofreciéndose ambos servicios incluso de forma separada.**

81. En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala concluye que **la referida restricción consistente en la prohibición de ingresar con alimentos y/o bebidas ajenas al establecimiento comercial de la denunciada constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores. Por lo que, corresponde revocar la resolución recurrida en este extremo que declaro infundada la denuncia contra Cineplex; y, en consecuencia, declarar fundada la misma por infracción de los artículos 49°.1 y 50° inciso e) del Código. (...)**³³. (Negrita y subrayado nuestro)

Conforme lo señalamos anteriormente, desde una perspectiva económica, los productos son en realidad un paquete de atributos, es decir son varios productos agrupados que de manera conjunta le brindan un valor al consumidor para satisfacer sus necesidades o intereses, razón por la cual estos están dispuestos a pagar un precio. Sin embargo, la determinación de los atributos que tendrá un producto dependerá

30 Resolución N° 0219-2018/SPC-INDECOPI fundamento 75.

31 Ibídem.

32 Ibídem.

33 Ibídem.

de lo que decida el proveedor en base a la información que obtenga del mercado; así, mientras mayor capacidad tenga un empresario de identificar en el presente y futuro las necesidades y preferencias de los consumidores, mayor éxito tendrá en su negocio, debido a que ha podido crear un paquete de atributos valiosos en un momento y lugar determinados.

En el caso materia de análisis, el problema central giró en torno a un derecho muy específico del consumidor; la libertad de escoger el proveedor del producto materia de denuncia. En este punto es conveniente hacer una precisión muy importante. Como dijimos líneas arriba, tomando en cuenta el concepto de productos como “paquete de atributos” no puede considerarse el balde de *pop corn*, la gaseosa o los demás alimentos vendidos individualmente en las dulcerías de los cines como productos objeto de la limitación como lo pretendía Aspec, pues esto equivaldría a decir que puedo presentar una denuncia contra Apple porque me obliga a pagar por la tercera cámara gran angular del iPhone 11 Pro de fabricación propia, cuando lo que en realidad prefiero es un lente fabricado por la compañía alemana Leica que según mi criterio propio, le queda mucho mejor.

De inmediato el lector podrá decir que no son situaciones comparables, puesto que, por un lado, los cines se dedican a vender entradas para ver una película y, por el otro, Apple se dedica a vender teléfonos celulares los que incluyen de por sí una serie de características nuevas. No comprendemos de dónde se desprende que a la industria de telefonía móvil sí se le permita innovar, mientras que la de exhibición cinematográfica deba limitarse únicamente a lo tradicional. En ambos casos, los productos son paquetes de atributos que el proveedor ha decidido juntar para ofrecer un valor al consumidor y cualquier intromisión en dicha estructuración no solo hará que el precio varíe, sino que podría desestabilizar la rentabilidad del negocio.

Entonces, el giro del negocio de los proveedores no puede ser determinado ni por un consumidor en particular, ni por una asociación de consumidores, ni mucho menos por el Estado. En un mercado competitivo, los proveedores se dedicarán a lo que las necesidades y preferencias de los consumidores en un momento determinado ordenen.

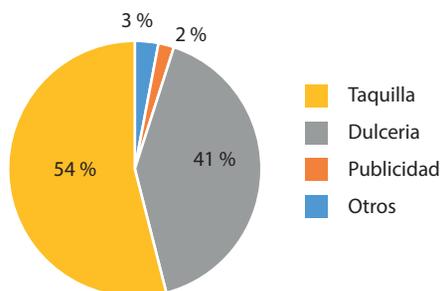
Así podemos citar el ejemplo de Nokia, una compañía finlandesa que nació en 1865 como una fábrica de papel, para luego tomar la línea de producción del caucho y derivados de esta materia prima. Hacia 1912, Nokia adquirió una compañía de cables y en las décadas posteriores fue pasando progresivamente a la industria de las telecomunicaciones, primero como fabricante de redes y posteriormente como productor de terminales, hasta finalmente desembocar en la ya conocida industria de teléfonos celulares. A decir de Carol Kennedy³⁴, “Nokia fue capaz de pasar de ser un conglomerado fines tradicional basado en el papel, la goma y los cables para convertirse en un gigante movido por la tecnología superado únicamente por Motorola en el ranking del mercado global de la telefonía móvil”³⁵.

La capacidad de adaptación de las empresas ha sido clave del mantenimiento de las grandes compañías en el mercado, ya que, si un proveedor no puede responder adecuadamente a las cada vez más exigentes demandas de los consumidores, difícilmente podrá sobrevivir.

En tal sentido, el giro del negocio de una empresa puede ser determinada con medios probatorios que reflejen la aceptación de sus líneas de producción en el mercado. Por ejemplo, en el caso de Cineplex, compañía que cotiza en la Bolsa de Valores de Lima, se puede apreciar de forma pública que sus ingresos por “dulcería” en el 2017 representaron el 41% del total de ingresos.

34 Carol Kennedy, “How Nokia is Going High Tech”, *Long Range Planning*, 25(2) (2002): 16–25.

35 Traducción por Juana Lor Salas en El Estilo Nokia: sus métodos para liderar un sector. Texto original: “Nokia’s amazing metamorphosis over the 1980s, from a traditional Finnish conglomerate based on paper, rubber and cables, to a technology-driven giant ranking second only to Motorola in the global market for mobile phones, is one of the great strategic successes of European business in the past decade. (...)”.



Fuente: Memoria Anual Cineplanet 2017
Elaboración propia

	A Diciembre 2017	A Diciembre 2016
Ingresos por ventas		
Taquilla	236,276	209,493
Dulcería	180,436	156,838
Publicidad	10,510	8,846
Otros	14,238	15,329
Total ingresos	441,460	390,506

Fuente: Memoria Anual Cineplanet 2017

En este sentido, no es posible afirmar que Cineplex se dedique únicamente a exhibir películas cinematográficas. Es claro que los consumidores acuden a estas cadenas para algo más que ver una obra audiovisual, y no porque así lo haya decidido el proveedor, sino porque en dicho mercado las preferencias de los consumidores se han configurado de esta forma por razones propias del mercado.

Lo cierto es que ésta industria ha ido evolucionando a lo largo de las generaciones desde un formato en el que se proyectaban las películas mudas en un teatro con un cinematógrafo para gente de clase alta y alfabeta, hasta el surgimiento del cine popular luego de la Gran Depresión en el que se incluyó el sonido al entonces cine mudo, permitiendo el acceso a gran parte de la población empobrecida en los Estados Unidos. Así también se incluyó el *pop corn* a la oferta de los exhibidores de películas, quedando dicha costumbre de consumo hasta la actualidad.

Así también lo sostiene Francisco Marcos³⁶, citado en el voto en discordia de la Vocal Mónica Medina, quien analizó la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) del 8 de enero de 2003 indicando lo siguiente:

(...) La evolución del sector de las salas de cine en los últimos años explica el cambio en el modelo y las estrategias de negocio de las empresas dedicadas a esta actividad, que se han visto obligadas a modificar y ampliar sus prestaciones en el mercado para satisfacer los deseos de los usuarios y mantener su rentabilidad. La venta de palomitas, otros alimentos y bebidas es ahora tan importante para los cines como la exhibición de películas (...)

Es claro entonces que el Tribunal del Indecopi subestimó la actividad de venta de alimentos de los cines al interior de sus complejos, soslayando el hecho que esta línea de negocio de los cines actualmente es tan igual de importante que la venta de boletos en las taquillas. Asimismo, omitió sustentar las consecuencias de haberla calificado como “secundarias” o “complementarias”, pese a que la primera instancia sostuvo que el hecho de permitir el ingreso de alimentos adquiridos fuera del establecimiento afecta la propia actividad de los proveedores, en tanto estos también se dedican a vender alimentos.

ii) El segundo error: el carácter abusivo de la cláusula

Para entender un poco más el razonamiento del Tribunal del Indecopi sigamos el siguiente orden de ideas. 1º Los proveedores denunciados tienen como giro de negocio la exhibición de películas (no la venta de alimentos). 2º La restricción de acceso tenía como finalidad otorgar el monopolio de los alimentos al proveedor. 3º La restricción de acceso impedía que los consumidores pudieran ejercer su derecho de elegir

36 Francisco Marcos, “¿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* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2004)

libremente el proveedor que creían conveniente. 4° No existe justificación objetiva basada en razones de seguridad, higiene, orden o comodidad de los usuarios. Ergo, la restricción constituye una cláusula abusiva que limita el derecho a la libre elección de los consumidores.

En primer lugar, señalamos *supra* que uno de los “problemas” que trajo la contratación masiva fue la anulación de la negociación de los contratos, es decir que, para eliminar las externalidades que implicaba la contratación tradicional, los proveedores debían saltarse la fase de negociación y ofrecer sus productos o servicios bajo la condición de “tómalo o déjalo”. También dijimos que esta circunstancia no implicaba necesariamente que los consumidores habían perdido por completo la capacidad de negociación, sino más bien, lo que había sucedido es que esta fase se había desplazado al fuera del mercado, es decir, que los consumidores ya no negociarían sus contratos individual y atomizadamente sino de forma colectiva y a través del sistema del mercado en el que interactúan consumidores y proveedores.

Sin embargo, el Tribunal del Indecopi asume equivocadamente que las cláusulas pactadas en el marco de un contrato de adhesión escrito o verbal han sido “impuestas” por el proveedor a los consumidores, quienes se ven obligados a aceptar la supresión de su libertad de contratar.

*(...) En este orden de ideas, los requisitos para determinar si estamos ante una cláusula abusiva son los siguientes: (i) **Que no haya existido una negociación entre el consumidor y el proveedor** respecto del contenido de la cláusula materia de cuestionamiento. Si el proveedor acredita la existencia de negociación, la denuncia debe declararse infundada; y, (ii) **que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes en perjuicio del consumidor.***

(...)
*En segundo lugar, se observa que dicho contrato verbal celebrado entre las partes (consumidores y proveedor) es uno de adhesión, en la medida que una de las partes (proveedor) **impone** a la otra (consumidor) una condición o cláusula no negociada de forma bilateral, de tal forma que el consumidor que quiere acceder al cine debe aceptarla necesariamente. (...):³⁷ (La negrita y subrayado es nuestro).*

Este razonamiento del Tribunal del Indecopi carece de sustento, toda vez que, no es posible presumir que las cláusulas que se han pactado dentro de un contrato sin negociación, ya de por sí están marcadas con la cruz de la abusividad aun cuando estos impliquen una limitación de derechos de los consumidores.

Como ya vimos, es perfectamente posible que los consumidores y proveedores hayan llegado a un “acuerdo” a través del sistema de interacción del mercado que haya tenido como conclusión el conjunto de cláusulas ofrecidas por las cadenas de cine entre las cuales se incluyó la restricción de ingreso con alimentos adquiridos fuera de los establecimientos a cambio, tal vez, de un mejor precio o de mejor calidad de películas. En tal sentido, no hay nada que haga suponer que el mercado no está funcionando correctamente como para pensar que los proveedores en este caso actúan con independencia de los intereses y preferencias de los consumidores.

Asimismo, el Tribunal del Indecopi remata señalando que ese tipo de cláusulas no negociadas podrían no ser abusivas siempre que la restricción del derecho del consumidor obedezca a la existencia de factores objetivos, tales como la higiene, estructura³⁸, orden público o seguridad del recinto. Las preguntas que a continuación nos hacemos es: ¿y qué sucede si tal restricción es producto de un acuerdo implícito entre proveedor y consumidor consistente en otorgar el monopolio de los alimentos a la cadena de cines a cambio de obtener un precio más asequible en la taquilla o tener a disposición una cartelera con películas de primera calidad? ¿También sería abusiva una cláusula que plasme dicho acuerdo?

Esta es una clara situación, por el cual, el caso no debió ser enfocado solo desde un punto de vista jurídico, por el contrario, como veremos en el tercer error, resolver un problema como este, en base solo a categorías jurídicas podría terminar afectando los intereses de los propios consumidores, a quienes supuestamente se pretendía beneficiar.

En el primer error dijimos que el producto materia de denuncia son los “paquetes de atributos” ofrecido por las cadenas de cine, que en ambos casos estaba compuesto por: i) solo entradas; ii) entradas más alimentos de la propia confitería para ser consumido al interior de las salas, o iii) solo alimentos de la propia confitería o de otros proveedores. Ahora bien, de los tres “paquetes”, Aspec cuestionó específicamente el segundo, el cual consistía en una entrada más alimentos.

37 Resolución No 219-2018/SPC-INDECOPI.

38 Resolución No 219-2018/SPC-INDECOPI.

Ahora bien, para determinar correctamente, si este derecho había sido vulnerado es necesario evaluar si el consumidor podía acudir a otros proveedores a fin de no ser “obligado” a consumir la opción ii), de la oferta de paquetes de las cadenas denunciadas. Para ello, es indispensable examinar el mercado de exhibición de películas cinematográficas, en tanto no es lo mismo que un pequeño cine del barrio imponga una restricción de tal naturaleza, que lo hagan las dos cadenas más grandes del país, pues en el primer supuesto, el consumidor siempre puede optar por acudir a otro cine quedando su derecho a libre elección intacto; sin embargo, si el proveedor o proveedores son empresas que ostentan una posición de dominio en el mercado, entonces nos podríamos encontrar ante dos escenarios posibles:

- a) Un acto de abuso de posición de dominio explotativo: en este supuesto, los consumidores son afectados directamente por la conducta del proveedor dominante, extrayendo todo o parte del excedente del consumidor a través de prácticas como el incremento de sus precios o la baja calidad de los productos ofrecidos. Este supuesto no se encuentra sancionado por el Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, ya que, como sostiene Quintana, “el INDECOPI consideró prioritario clarificar la norma en el sentido que quede establecido que los supuestos de prácticas explotativas no son consideradas infracciones a las normas de competencia”³⁹ que tienen la capacidad de excluir a sus rivales. Un tema poco discutido pero de singular interés en la aplicación de las normas que prohíben los actos de abuso de posición de dominio es el relacionado con la necesidad de que exista o no relación de competencia entre la empresa con posición de dominio que comete el abuso y aquellos competidores perjudicados por el acto abusivo. En relación con este tema existen dos opciones. La primera es que sólo se consideren ilícitos aquellos actos de abuso de posición de dominio que restrinjan la competencia y en los cuales la empresa dominante compita efectivamente con los agentes perjudicados (es decir, que se requiera efecto anticompetitivo más relación de competencia restringiéndose la prohibición únicamente a aquellas prácticas de abuso que afectaran el proceso competitivo, como aquellas que tenían como resultado la exclusión de a un competidor del mercado. Ahora, si bien las normas de libre competencia no se encuentran aptas para sancionar una conducta como la que estamos estudiando, queda preguntarnos si las normas de protección al consumidor podrían sancionar una práctica explotativa de un proveedor. En nuestra opinión, esta conducta tampoco podría ser sancionada en sede de protección al consumidor en la medida que una eventual medida correctiva como la efectivamente dictada en el caso de los cines (levantamiento de la restricción) terminaría forzando a todos proveedores a innovar para no depender peligrosamente solo de los ingresos por taquilla.

En este escenario, sin duda quienes tengan mayor capacidad financiera, experiencia de mercado, clientes fidelizados y marcas reputadas podrán afrontar mejor este nuevo cambio; sin embargo, los pequeños proveedores probablemente no podrán innovar fácilmente, por lo que muy probablemente tengan que salir del mercado, lo que agudizaría la concentración con efectos perjudiciales para los consumidores que esta estructura de mercado implica. Sin embargo, tal como se encuentra regulado las reglas de responsabilidad por infracciones administrativas en el Código de Consumo, esta conducta podría terminar siendo sancionada, con lo cual, probablemente nos encontraríamos ante un escenario en el que los consumidores terminen tirando piedras a su propio tejado.

- b) Una práctica colusoria horizontal: en este escenario los proveedores alinean sus intereses para evitar competir y actuar de esa forma como un monopolio que les permita imponer las condiciones que más les convengan en perjuicio de los consumidores. En un supuesto como este, es claro que el derecho de los consumidores a la libre elección del proveedor se vería severamente vulnerado en la medida que, pese a que exista, en apariencia, una variedad de cadenas de cine, realmente el consumidor no tiene la libertad de escoger al proveedor que le ofrezca un servicio con las mejores características, puesto que todos ellos, en virtud a un acuerdo ilícito, terminarán ofreciéndole lo mismo y no lo que se le debería ofrecer si nos encontráramos en una situación de libre mercado.

En cualquier supuesto, en el caso materia de comentario, el Tribunal del Indecopi estaba facultado para evaluar en la balanza los derechos que se encontraban enfrentados en esta controversia (libertad empresarial y libertad de elección del consumidor) y determinar cuál de ellos debía prevalecer a fin determinar si nos encontrábamos frente a una cláusula abusiva. No obstante, la Sala realizó un análisis incoherente con la imputación formulada a las cadenas de cine. Pese a haber determinado que la

39 Quintana Sánchez, E., & Villarán Elías, L., Sobre la prohibición de Abuso de Posición de Dominio sin necesidad de probar Relación de Competencia. *Derecho & Sociedad* N° 31 (2008): 317–326

conducta analizada se trataría de una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, por lo que solo hacía falta verificar en los hechos la existencia de la cláusula para sancionar, terminó realizando un análisis de vejetoriedad, al buscar en los argumentos de los denunciados algún tipo de justificación que salve la licitud de la cláusula. Este análisis incorrecto, aunado a la falta de aplicación de los principios de verdad material e impulso de oficio, concluyo en la declaración de abusiva de una cláusula que gozaba de justificación económica y legitimidad innegable.

iii) El tercer error: la medida correctiva

El Tribunal del Indecopi dictó como medida correctiva que los proveedores denunciados se abstuvieran de aplicar contra los consumidores cláusulas limitativas de sus derechos como la restricción consistente en impedir el ingreso a las salas de cine con alimentos adquiridos fuera de sus establecimientos. Asimismo, realizó una peculiar precisión, a fin de complementar el adecuado cumplimiento de la medida correctiva:

Asimismo, a fin de evitar que los consumidores puedan ingresar a las salas de cine con productos alimenticios que, por razones de higiene, seguridad, u otros, causen un daño a la infraestructura del local o de otros consumidores, el ingreso de alimentos a las salas de cine **se supeditara a aquellos productos iguales y/o de similares características** a los que Cineplex S.A. vende en sus locales, de acuerdo a los usos y costumbres del mercado⁴⁰. (Negrita y subrayado nuestro)

Posteriormente, ante la evidente confusión que causó esta medida, los proveedores solicitaron una aclaración para que el Indecopi explique con mayor claridad los términos y alcances en los que se enmarcaría el derecho de los consumidores a ingresar a las salas de cine con alimentos adquiridos en el exterior, siendo que el Tribunal del Indecopi se pronunció de la siguiente manera:

"(...).

29. (...) este Colegiado considera pertinente precisar que esta se encuentra orientada a permitir que los consumidores puedan ingresar a las salas de cine de dicho proveedor **con los mismos alimentos y bebidas que esté oferta dentro de su establecimiento comercial**. En este sentido, si Cineplex vendiera en sus salas de cine, productos tales como: cancha salada, cancha dulce, gaseosas, sándwiches de hot dog y helados -por citar algunos ejemplos- los consumidores podrán ingresar con dichos productos provenientes del exterior del local.

30. De otro lado, respecto de la expresión "el ingreso de alimentos se supeditará a aquellos productos (...) de similares características a los que Cineplex vende en sus locales", debe entenderse -primero- que el término "similar" abarca todo aquello que tiene semejanza o analogía con algo.

31. Así, cuando esta Sala -en mayoría- se refiere a un producto de similares características a los que Cineplex vende en sus locales, **se entiende que estos no deben ser necesariamente de la misma marca de aquellos productos que expende Cineplex, siendo que estos podrán ser de una marca distinta al vendido por el citado proveedor**, siempre y cuando se trate del mismo tipo de producto. (...)

32. Por otro lado, esta Sala estima importante resaltar que las precisiones realizadas previamente deberán ser cumplidas atendiendo a principios de razonabilidad y proporcionalidad, debiéndose entender que los productos permitidos **deberán tener parámetros similares de presentación y cantidad, respecto de aquellos productos comercializados por Cineplex**.⁴¹. (Negrita y subrayado nuestro)

Resulta irrisorio cómo el Tribunal del Indecopi, tratando de brindar una corrección a la supuesta infracción encontrada, terminó generando mucha mayor confusión en el mercado. Esta medida correctiva obligó a que el personal de las cadenas de cine se convirtiera en una suerte de "jueces de alimentos" a fin de verificar que los productos sean iguales o similares en presentación y en cantidad. Asimismo, obligó a los consumidores a realizar un análisis comparativo de los productos que expendía el cine de su preferencia con los que deseaba adquirir fuera de su establecimiento, pues de lo contrario podría correr el riesgo de tener que consumirlo forzosamente antes de ingresar a ver la película o, en el peor de los casos, desecharlo.

Un último aspecto que resulta curioso es que los efectos de la medida correctiva no alcanzaron al formato *Prime* de Cineplex bajo el argumento que este tipo de servicio no se encuentra comprendido dentro del mandato dispuesto por la Resolución N° 219-2018/SPC-INDECOPI, en la medida que dicho modelo de negocio resulta distinto del formato denunciado y analizado en el procedimiento.

40 Sexto punto resolutivo de la Resolución Final N° 219-2018/SPC-INDECOPI

41 Resolución No 219-2018/SPC-INDECOPI.

La Resolución no termina de explicar por qué el formato *Prime* de Cineplex resulta “distinto” al formato regular. Lo único que deja entrever esta excepción es que la medida correctiva evidenció las incoherencias en la fundamentación de la resolución final del Tribunal del Indecopi en relación con la supuesta infracción administrativa. El formato *Prime* así como cualquier otro formato creado o por crearse son paquetes de atributos que el proveedor ha decidido organizar y ofrecer en base a las necesidades que ha podido identificar en el mercado. Cada formato incluye sus propias reglas y condiciones que aseguren el funcionamiento del negocio. No hay nada que permita concluir razonablemente que el formato *Prime* deba tener un tratamiento distinto al formato regular, la única diferencia, como señala Bullard⁴², “es que uno es más pituco” que el otro. Pero en ambos se puede servir comida, y en todos la comida es para ver la película. Es como decir que, si en la librería coloco mesas y tazas bonitas, se puede vender café exclusivo y si lo sirvo solo en vaso de plástico descartable, se puede traer café de afuera.

Hubiera sido interesante que el Tribunal del Indecopi explicara dicha diferencia, tal vez entonces se habría dado cuenta que lo que había resuelto era impracticable en la realidad y, sobre todo, que su medida correctiva contradecía una costumbre ya asentada en el mercado que consistía en ir al cine sin tener más preocupación que la de llevar dinero en el bolsillo y una buena elección cinematográfica, tomando en cuenta que, actualmente las salas de cine ofrecen no sólo una oferta cinematográfica, sino también diferentes experiencias a sus consumidores desde los combos, las butacas, la atención al cliente, las proyecciones de películas, entre otros.

Lo más curioso de esto es que en la actualidad los consumidores siguen acudiendo al cine a ver las películas y siguen comprando sus productos alimenticios en las confiterías de los mismos establecimientos, lo que nos demuestra una vez más que la costumbre puede ser más fuerte que lo que ordene una entidad del Estado y, por lo tanto, no debe ser soslayada para la resolución de las controversias que surjan en el mercado.

6. Conclusiones

- El AED es una herramienta que consiste en la aplicación de métodos científicos y estudios sistemáticos propios de la Economía a los problemas jurídicos, pudiendo ser utilizada para mejorar la política legislativa en una determinada materia u obtener mejores criterios en las resoluciones de los operadores del ordenamiento jurídico para resolver controversias concretas.
- Para entender el funcionamiento del AED debemos partir de las siguientes premisas: i) el Derecho influye sobre la conducta humana; ii) la influencia del Derecho es explicable y predecible de cierta manera de acuerdo con un determinado modelo teórico; iii) todas las decisiones jurídicamente relevantes se adoptan en condiciones de escasez.
- El AED es perfectamente aplicable al Derecho de Protección al Consumidor dado que esta rama se enmarca en el derecho ordenador de mercado, el cual agrupa varias ramas del Derecho que han incluido dentro de su análisis la variable económica en algunos casos de manera obligatoria y en otros con cierta timidez. Ello se puede ver reflejado en la conformación profesional de los diferentes órganos resolutivos del Indecopi.
- La contratación masiva no ha suprimido la negociación típicamente presente en contratos tradicionales simétricos, siendo más bien que este se ha trasladado al fuera del mercado, donde las condiciones y las cláusulas se determinan como consecuencias de las miles de transacciones que se generan en el mercado. Para que este mecanismo de negociación funcione cabalmente se deben cumplir las características de la competencia perfecta: i) un número elevado de compradores; ii) que no existan barreras de entrada y de salida del mercado; iii) que todos los agentes del mercado tengan la información adecuada.
- La asimetría de la información es un fenómeno propio de las relaciones entre proveedores y consumidores que se genera como consecuencia natural de la división del trabajo en un sistema capitalista. La intervención del Estado se justifica en la medida que pueden existir prácticas que dificulten la transferencia de información transparente, veraz, oportuna y, sobre todo, relevante. De esta manera, el objetivo de una política de protección al consumidor no es buscar la “simetría informativa” sino buscar los medios para dotar a los consumidores de la información necesaria para tomar decisiones más eficientes.

42 Alfredo Bullard, “Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del Derecho en el Perú”. *THÉMIS-Revista de Derecho* N° 44 (2002): 17–35.

- Los productos y servicios ofrecidos en el mercado son, en realidad, “paquetes de atributos” que dependen de las preferencias de los consumidores en un lugar y momento determinados. La inclusión o retiro de uno de estos atributos del paquete dependerá de la valorización de tales atributos por encima del costo de producirlos. En este sentido, el proveedor tiene a cargo la tarea de armar estos paquetes según las demandas que observa en el mercado, así como estructurar el precio en base a los costos que implica la producción del paquete. Cualquier intervención que se haga en dicha interacción puede provocar que los precios no reflejen la demanda o que la oferta no atienda adecuadamente las necesidades de los consumidores.
- El Tribunal del Indecopi 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. En el caso de estudio, se pudo determinar que la línea de alimentos de las cadenas denunciadas formaba parte de su giro mediante el análisis de los ingresos que estas empresas percibían por cada uno de sus rubros. En el caso de Cineplex se pudo ver que los ingresos por el rubro “dulcería” representaban el 41% de los ingresos totales, por lo que es claro que este “atributo” también forma parte del paquete, el cual también puede ser explicado desde una perspectiva evolutiva de la industria a lo largo de su historia.
- El segundo error cometido por el Tribunal del Indecopi fue la ignorar el funcionamiento de la negociación de las cláusulas en los contratos de consumo masivo, el cual ya no tenía lugar en cada contrato, sino mediante el sistema de mercado y a través de los millones de transacciones que surgen en él. Este desconocimiento hizo que se calificara a la cláusula materia de denuncia como abusiva sin antes haber verificado si existía o no una real negociación. En este sentido, para determinar si realmente dicha cláusula era o no abusiva era imprescindible evaluar antes el mercado cuestionado, a fin de saber si el proveedor tenía una posición de dominio y si la estaba ejerciendo ilícitamente en contra de los consumidores. Así se esbozó dos situaciones que podría concluirse de este análisis: i) que sea un acto de abuso de posición de dominio explotativo, supuesto en el cual no podría sancionarse a los proveedores, ya que podría tener la consecuencia perniciosa de concentrar más el mercado; y ii) que se trate de una práctica colusoria horizontal, supuesto en el que los proveedores deberían ser sancionados por haber afectado la libertad de elección de los consumidores.
- La medida correctiva dictada por el Tribunal del Indecopi fue confusa para los proveedores sancionados, y su intento de “aclaración” terminó generando más dudas que entendimientos entre consumidores y los propios proveedores, dejando entrever, a propósito del formato *Prime* de Cineplex que fue una medida dictada sin fundamentación coherente ni con el derecho ni con el funcionamiento del mercado.

7. Bibliografía

Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE). (2020). Alacde - ¿Qué es AED? Recuperado de <http://www.alacde.org/sobre-nosotros/que-es-aed>

Becker, G. (1980). Enfoque Económico del Comportamiento Humano. *ICE: Revista de Economía*, (557), 11–18.

Bobbio, N. (2016). *Teoría General del Derecho* (Quinta; E. Temis, Ed.). <https://doi.org/10.2307/1334495>

Bullard, A. (2002). Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del Derecho en el Perú. *THÉMIS-Revista de Derecho*, 0(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* (pp. 497–666).

Bullard, A. (2018a). Canchita oscurecida, por Alfredo Bullard Columnistas | El Comercio Perú. Retrieved November 9, 2019, from El Comercio website: <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/canchita-oscorecida-alfredo-bullard-noticia-505068-noticia/>

Bullard, A. (2018b). 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>

Cooter, R., & Ulen, T. (2008). *Derecho y economía* (Segunda Ed; F. C. Económica, Ed.). <https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n21.2013.4842>

- 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>
- Holdych, T. J., & Mann, B. D. (1996). The Basis of the Bargain Requirement : A Market and Economic Based Analysis of Express Warranties - Getting What You Pay for and Paying for What You Get. *DePaul Law Review*, 45(3).
- Kennedy, C. (1992). How Nokia is Going High Tech. *Long Range Planning*, 25(2), 16–25.
- Mankiw, Gregory N. (2012). Principios de Economía. In C. L. Editores (Ed.), *Principios de economía* (Sexta edic). Distrito Federal.
- 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.
- Ortegón, E. (2008). *Guía sobre diseño y gestión de la política pública* (I. C. para el D. de la C. y la T. «Francisco J. de C. (COLCIENCIAS), O. del C. A. B. (CAB), & U. de A.-I. de E. L. (IELAT), Eds.). Recuperado de <http://cpps.dyndns.info/cpps-docs-web/secgen/2015/pol-oceanica-regional/Doc 11.Guia sobre gestion y diseno de la politica publica.pdf>
- Posner, R. A. (2007). Economic Analysis of Law. In A. Publishers (Ed.), *Wolters Kluwer*. <https://doi.org/10.2307/825241>
- Quintana Sánchez, E., & Villarán Elías, L. (2008). Sobre la prohibición de Abuso de Posición de Dominio sin necesidad de probar Relación de Competencia. *Derecho & Sociedad*, 0(31), 317–326.
- Robbins, L. (1932). *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (M. & C. Limited, Ed.). Recuperado de <http://mises.org/books/robbinssessay.pdf>
- Slawson, W. D. (1971). Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power. *Harvard Law Review*, (84), 529.
- Smith, A. (1994). *La riqueza de las naciones*. (Carlos Rodríguez Braun, trad.). El libro de bolsillo Alianza Editorial Madrid. (Obra original publicada en 1776 bajo el título "An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations").

