

LA PROHIBICIÓN DE CONSUMIR PRODUCTOS ALIMENTICIOS PROCEDENTES DEL EXTERIOR DEL CINE: UN NEGOCIO «REDONDO», PERO ¿LÍCITO?»¹

Jesús Almarcha Jaime
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

Fecha de publicación: 9 de octubre de 2015

1. Introducción

La prohibición de consumir productos alimenticios procedentes del exterior del cine supone una de las prácticas más extendidas en el mercado cinéfilo. En el presente trabajo se tratará de aportar algunas resoluciones judiciales y administrativas referentes a esta práctica, procediendo a un análisis posterior y finalizando con unas conclusiones. Y todo ello desde una doble perspectiva: la empresarial y la del consumidor.

2. Objeto de la consulta

El Centro de Estudios de Consumo (CESCO) recibe la consulta formulada por la Sección de Salud Pública, Drogodependencias y Consumo de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de Castilla-La Mancha relativa a la introducción de productos alimenticios en cines. Se trata de esclarecer si es lícito o no la prohibición de introducir alimentos y bebidas procedentes del exterior del establecimiento pese a que dentro del propio cine sí se pueden comprar y consumir productos alimenticios similares que, en muchas ocasiones, tienen precios inflados a causa del oportunismo.

¹ Trabajo realizado en el marco del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) otorgado al Grupo de investigación y centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: DER2014-5606-P.

3. Antecedentes

3.1. Una controversia que viene de lejos

La presente consulta, que puede suscitar un acalorado debate entre las partes, no resulta del todo novedosa. Seguramente la escena típica que viene a la mente del lector es la de un consumidor o usuario frente a la sala de cine, pero lo cierto es que el conflicto también puede surgir entre la sala de cine y otros establecimientos o tiendas. Aunque cada situación es distinta, ambas guardan un trasfondo común: la prohibición.

La Audiencia Provincial de Lleida en el año 1997 dictó sentencia² desestimando el recurso formulado por el propietario de una tienda de golosinas y frutos secos que consideraba que la colocación en los accesos del cine de varios carteles que prohibían la entrada y consumo de frutos secos, palomitas y golosinas procedentes del exterior constituía un acto de competencia desleal por cuanto dentro de la sala cinematográfica sí podían consumirse los referidos productos alimenticios si eran adquiridos en el bar situado en el interior del recinto. Para el recurrente esta conducta es contraria a las exigencias de la buena fe *ex artículo 5*³ (actual art. 4.1) de la Ley de competencia desleal (LCD)⁴. Sin embargo, la Audiencia Provincial, en consonancia con el juez *a quo*, considera que la conducta se encuentra respaldada por la normativa sobre policía de espectáculos públicos [art. 59.1.e⁵ del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (RGPEPAR)⁶] y lo que pretende la empresa encargada de la sala cinematográfica es evitar productos que puedan resultar insalubres o molestos, o que puedan dañar las instalaciones, vendiendo en el interior lo que le parece apropiado para evitar dichos efectos y consecuencias, lo cual resulta acorde a las exigencias de la buena fe. En cambio, rehúsa entrar a valorar la posible abusividad respecto a los consumidores al carecer de competencia.

² SAP Lleida (Sección 2ª) núm. 230/1997, de 9 de mayo (AC 1997\1139).

³ Art. 5 LCD (redacción original, publicada el 11/01/1991 y en vigor hasta el 31/12/2009): «Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe».

⁴ Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, *BOE* núm. 10, de 11 de enero de 1991.

⁵ «1. El público no podrá: (...) e) Entrar en el recinto o local sin cumplir los requisitos a los que la Empresa tuviese condicionado el derecho de admisión, a través de su publicidad o mediante carteles, bien visibles, colocados en los lugares de acceso, haciendo constar claramente tales requisitos».

⁶ Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, *BOE* núm. 267, de 6 de noviembre de 1982, pp. 30 570 a 30 582.

Un supuesto similar llegó al Tribunal Supremo en el año 1998⁷. En el conocido como «caso del monopolio de las palomitas en los cines», el propietario de un establecimiento demandó a la sociedad responsable del cine por la instalación de un bar en el interior del recinto y la colocación de un cartel que prohibía la entrada de alimentos externos. Considera el demandante que se trata de un doble acto de competencia desleal: (1) por vulneración del artículo 2 LCD al cumplirse tanto la exigibilidad de realización del acto en el mercado como llevarlo a cabo con fines concurrenciales; (2) por incumplimiento de las exigencias de la buena fe del artículo 5 LCD (actual art. 4 LCD), en relación con la doctrina de los actos propios. Considera el Tribunal Supremo que no existe fin concurrencial (promover o asegurar la difusión de prestaciones propias o de un tercero) puesto que la instalación de un bar o cafetería no aumentará o disminuirá la cuota de mercado, sino que ésta variará en función de las películas proyectadas y la acogida que el público les dé, siendo el bar un servicio accesorio; tampoco existe trascendencia externa puesto que no reporta en manera alguna un aumento de los espectadores en perjuicio de la clientela de otro potencial competidor; asimismo, que la entrada de productos alimenticios fuera consentida con anterioridad por la empresa no constituye *per se* un acto vinculante para la misma, por lo que no existe vulneración de la doctrina de los actos propios ni de las exigencias de la buena fe.

En ese mismo año, 1998, la Comisión de Cooperación de Consumo (CCC) se pronunció sobre este asunto en la consulta nº 53⁸. Consideraba la CCC que el derecho de los consumidores de elegir los productos que desean consumir y donde adquirirlos goza de supremacía frente al derecho de admisión del artículo 59.1.e RGPEPAR, puesto que «no puede imponerse cualquier tipo de limitación que impida a los consumidores ejercer el derecho a que anteriormente nos referíamos». Así, añade que estas condiciones deben basarse en razones objetivas: higiene, evitación de daños y molestias a las personas o bienes y similares. Por tanto, a juicio de la CCC, «la prohibición de introducir bebidas y alimentos del exterior, cuyas características no comportan ningún riesgo o problema objetivo y que en muchas ocasiones se venden en el propio establecimiento -en ocasiones a precios más elevados- pudiera constituir una cláusula abusiva», entendiendo como

⁷ STS (Sala de lo Civil) núm. 331/1998, de 15 de abril (RJ 1998\2053).

⁸ COMISIÓN DE COOPERACIÓN DE CONSUMO (1998): «Consulta nº 53: derecho de admisión. Establecimientos Públicos. Cine. Entradas en salas de cine con productos alimenticios o bebidas adquiridas fuera de la sala» en *Consultas 1998*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo, pp. 89 y 90. <http://consumo-inc.gob.es/informes/docs/CCC_CONSULTAS98.pdf> [Consulta: 18 de agosto de 2015].

tales «aquellas cláusulas que perjudiquen, de manera desproporcionada o no equitativa, al consumidor, o comporten una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores y usuarios».

Por otro lado, el Tribunal de Defensa de la Competencia⁹ se pronunció en el año 1999 a favor de las salas de cine ante una denuncia formulada por la Unión de Consumidores de España (UCE) contra cuarenta salas de cine por un supuesto pacto o recomendación realizada por la Federación de Entidades de Empresarios de Cine de España, la Asociación Valenciana de Empresarios de Cine y el Gremio Provincial de Empresarios de Cine de Barcelona consistente en la prohibición de acceder a los cines con bebidas y alimentos adquiridos en el exterior de los mismos, lo cual vulneraría el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Básicamente no se pudo probar que dicho pacto o recomendación existió y, adicionalmente, se justificó esta actuación llevada a cabo por los cines en base a la reserva del derecho de admisión previsto en el artículo 59.1.e RGPEAR, al igual que sucede en otros sectores donde se trata de una conducta normal y tradicional, como «recintos o establecimientos dedicados a distintas actividades deportivas, recreativas o de espectáculos que cuentan con bares y cafeterías instaladas en su interior y que no permiten el consumo de alimentos o bebidas adquiridas fuera de los mismos, limitándolo a los que en ellos se sirven durante reducidos horarios y con máxima afluencia de público, lo que influye tanto en los costes como en los ingresos de explotación de estos negocios», o como, «con cartel anunciador o no, incluso en todo tipo de cafeterías y bares en general a lo largo de muchos años».

Justo en ese mismo año, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de A Coruña¹⁰ dictó sentencia en la que ratificaba la sanción impuesta por el Instituto Galego de Consumo a una sala de cine que prohibía el acceso con productos comprados en el exterior. La juez consideró que la prohibición constituía una infracción de consumo por restringir o limitar los derechos de los consumidores, es decir, resulta abusiva. Además, señalaba que el derecho de admisión no suponía una «carta blanca» para la empresa al establecer los requisitos condicionales de ese derecho.

⁹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 5 de febrero de 1999 (AC 1999\2613).

¹⁰ NOGUEIRA, C.: *La «guerra de las palomitas»*, El País, Madrid, 18 de junio del 2000, <http://elpais.com/diario/2000/06/18/sociedad/961279204_850215.html> [Consulta: 9 de octubre de 2015].

SANTAELLA, L.: *Una sentencia rompe el monopolio de la venta de palomitas en cines*, La Voz de Galicia, Madrid, 10 de junio del 2000, <<http://www.lavozdegalicia.es/hemeroteca/2000/06/10/67622.shtml>> [Consulta: 9 de octubre de 2015].

Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha¹¹ se pronunció en el año 2001 sobre un supuesto en el que una sala de cines fue sancionada por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha al tener colocado en la entrada un cartel que prohibía la entrada de productos comprados en el exterior del local. El Juzgado de Primera Instancia de Toledo consideró acorde a Derecho la sanción impuesta por constituir la prohibición una cláusula abusiva lesiva de los intereses de los consumidores, concretamente se les restringe arbitrariamente su libre capacidad de elección en el caso de que deseen acceder a la adquisición de productos o bienes referentes a comidas o bebidas en el interior del local, limitando su decisión de acceder al servicio principal que se presta relativo a la exhibición de películas. En suma, la «limitación produce un desequilibrio en las prestaciones de las partes en perjuicio de los consumidores». La sentencia del juez *a quo* fue ratificada en segunda instancia y la sanción se mantuvo.

Más actual resulta el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid del año 2003¹² en el que consideraba que la restricción hecha por el cine no estaba amparada por el derecho de admisión, pues sólo protegía su propio interés introduciendo una discriminación injustificada respecto de los productos alimenticios y bebidas adquiridos en establecimientos que se encontraban en el exterior.

Desde la Federación Andaluza de Consumidores y Amas de Casa¹³ defienden que la prohibición de entrar al cine con productos alimenticios del exterior constituye «una imposición ilegal, porque restringe sustancialmente la libertad de elección del consumidor, ya que en un principio corresponde a los consumidores el derecho a elegir los productos que desean consumir y donde adquirirlos. [...] Sólo se podría negar la entrada con comidas y bebidas cuando esté prohibido consumirlas en el interior y así se anunciara previamente, pero este no es el caso de las salas de cine».

Por otro lado FACUA ha sido una de las organizaciones más activas en la reivindicación del derecho del consumidor a elegir qué alimentos consumir en

¹¹ STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 2ª) núm. 82/2001, de 2 de octubre (JUR 2002\14078).

¹² SAP Madrid (Sección 21ª) de 8 de enero de 2003.

¹³ FEDERACIÓN ANDALUZA DE CONSUMIDORES Y AMAS DE CASA (CONSUMIDORES AL-ANDALUS): «¿Puedo entrar en el cine con comida y bebida del exterior?», <<http://www.fedandalus.es/index.php/preguntas-frecuentes/126-espectaculos-publicos-y-actividades-recreativas/1169-ipuedo-entrar-en-el-cine-con-comida-y-bebida-del-exterior.html>> [Consulta: 13 de septiembre de 2015].

este ámbito. Así, por ejemplo, denunció a varias salas de cines¹⁴ por establecer la prohibición de consumir productos alimenticios procedentes del exterior del recinto e, incluso, consiguió que algunas tuvieran que quitar el cartel prohibitivo de la entrada¹⁵, pues consideran que se trata de una cláusula abusiva contraria al artículo 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, LGDCU).

3.2. *La prohibición de los cines: un problema que no es aislado*

La prohibición de entrar productos alimenticios y bebidas procedentes del exterior no sólo se encuentra en los recintos dedicados a la proyección de películas, sino que también ocurre en otros sectores. El caso más cercano al consumidor seguramente sea el de los parques de atracciones, pero también sucede en zoos (quizás aquí con una explicación más contundente, pero también discutible), festivales de música, piscinas (incluso algunas públicas), etc. La venta de productos alimenticios y bebidas constituye una de las principales fuentes de ingresos de estos negocios, por lo que es normal que quiera monopolizarse en cierto sentido.

4. Análisis

Como destacué al comienzo de este trabajo, la cuestión puede estudiarse desde una doble perspectiva, por lo que aprovecharé la ocasión para abordarlo más ampliamente, pues *in fine* todo afecta al consumidor de uno u otro modo. Esto es así por cuanto el artículo 38 de la Constitución Española (CE) reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, principio que tiene una triple orientación proteccionista: (i) la libertad de acceso al mercado, (ii) la libertad de acción de los operadores económicos y (iii) la libertad de elección de los consumidores y usuarios¹⁶.

¹⁴ ANÓNIMO: «FACUA denuncia a unos cines de Madrid por no permitir comida ni bebida del exterior», Europa Press, Madrid, 25 de febrero de 2015, <<http://www.europapress.es/Madrid/noticia-facua-denuncia-cines-madrid-no-permitir-comida-bebida-exterior-20150225115217.html>> [Consulta: 17 de septiembre de 2015].

¹⁵ FACUA: «FACUA logra que retiren de los Cines Ábaco de San Fernando el cartel que prohibía entrar con alimentos», www.facua.org, Cádiz, 12 de febrero de 2015, <<http://www.facua.org/es/noticia.php?Id=9130>> [Consulta: 17 de septiembre de 2015].

¹⁶ GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A. y VOGEL, L.: *Droit comercial européen*, Dalloz, París, diciembre de 1997, en COSTAS COMESAÑA, J.: *El concepto de acto de competencia desleal*, vLex, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XIX, 1998, Id. VLEX-262709, p. 12, <<http://vlex.com/vid/concepto-acto-competencia-desleal-262709>> [Consulta: 8 de octubre de 2015].

4.1. Desde el punto de vista de la competencia desleal: cine vs establecimiento externo

Ya hemos visto que la controversia en este ámbito gira entorno a la consideración del acto como desleal o no en relación a la competencia. Para decidirnos, debemos establecer en primer lugar el concepto de «acto desleal» que prevea la Ley y, con posterioridad, analizar si la prohibición que aquí se estudia cumple o no con los criterios necesarios para tal calificación.

El artículo 2 LCD establece que será un acto de competencia desleal aquél que se realice en el mercado y con fines concurrenciales, lo cual ocurrirá cuando el acto se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Asimismo, el acto se tendrá por realizado en el mercado cuando adquiera trascendencia externa, es decir, que despliegue efectos perceptibles en los procesos de mercado¹⁷.

Partiendo de la necesidad de trascendencia externa, hay que delimitar con exactitud cuál es el mercado afectado, si el de la proyección de películas o el de venta de productos alimenticios. Es evidente que, a diferencia de lo que mantuvo el Tribunal Supremo en su sentencia de 1998, el mercado afectado es el de venta de alimentos y bebidas, no el de la proyección de películas. Este mercado supone para el cine un mercado secundario, mientras que para la tienda de comestibles supone su mercado principal. La apertura de un bar o tienda de comestibles se trata de un acto que se realiza dentro del mercado, es decir, se trata de un acto que despliega efectos en el mercado de venta de productos alimenticios, por lo que, en palabras de PERDICES HUETOS¹⁸, se encuentra en el mismo con idoneidad para afectar las decisiones económicas.

Lo anterior se encuentra estrechamente vinculado con el fin concurrencial exigible para que el acto pueda ser considerado desleal. Se presume *iuris tantum* por el legislador que el acto tendrá fin concurrencial cuando sea adecuado para influir en el intercambio de productos o servicios en el mercado y determinar la posición competitiva propia o de un tercero, así como cuando la acción escape del marco estrictamente privado o de funciones públicas¹⁹.

¹⁷ VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *Concurrencia en el mercado y cláusula general de competencia desleal. Comentario a la Sentencia del TS de 15 de abril de 1998*, Revista de Derecho Patrimonial nº 2, 1999, p. 303.

¹⁸ PERDICES HUETOS, A.B.: *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 50, 1999, p. 482.

¹⁹ VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *Concurrencia en el mercado...*, op. cit., p. 303.

Sin embargo, tal como aclara COSTAS COMESAÑA²⁰, el artículo 2 LCD realmente no contiene el concepto de «deslealtad», sino que más bien esclarece cuándo un acto será o no competitivo, por lo que «el adjetivo “desleal” parece estar de más en este precepto e introduce confusión sobre su finalidad». Efectivamente, la deslealtad o no de la conducta no se encuentra en si es competitiva o no, es decir, trasladándolo a nuestro caso, es evidente que la apertura del bar dentro del cine es una conducta competitiva, con fin concurrencial y con efectos en el mercado, pero ello no significa que sea desleal, máxime si se ha obtenido la correspondiente licencia administrativa de apertura (art. 15 LCD). Por tanto, la deslealtad se encuentra vinculada a la prohibición de entrada de alimentos y bebidas, no a la apertura del bar, pues si dicha prohibición no existiera, el acto seguiría teniendo carácter competitivo conforme al artículo 2 LCD, aunque la deslealtad no podría incardinarse a este ámbito prohibitivo.

Esclarecido lo anterior, cabe destacar que la prohibición debe ser analizada teniendo como referencia al artículo 4 LCD (antiguo art. 5 LCD), es decir, a la buena fe objetiva, que estaría íntimamente relacionado con el artículo 7.1 CC. En suma, debe tratarse de una «conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y el atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena y modulada por el principio de competencia económica y protección del derecho a la libertad de empresa»²¹.

Como se verá más adelante (*infra* 4.2.), la prohibición supone una conducta desleal desde un doble ámbito: el del consumidor, al cual se le restringe la posibilidad de efectuar una comparación objetiva o racional entre las diversas ofertas que puede encontrarse en el mercado, y el de los establecimientos posiblemente afectados, por invadir el mercado principal de éstos y tratar de crear un mercado monopolístico dentro del local que le permita aniquilar a los competidores para dejar espacio libre para el propio triunfo.

Efectivamente, tal como defienden MARCOS FERNÁNDEZ²² y PERDICES HUETOS²³, el titular del cine tiene un derecho de propiedad (*ex art.* 33 CE) sobre el espacio

²⁰ COSTAS COMESAÑA, J.: *El concepto...*, *op. cit.*, p. 4.

²¹ Por todas, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 628/2008, de 3 de julio (RJ 2008\4367), F.D. 2º.

²² MARCOS FERNÁNDEZ, F.: *¿Monopolio de las palomitas en los cines? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 21ª) de 8 de enero de 2003*, Anuario de la competencia nº 1, 2003, p. 358, <http://profesores.ie.edu/fmarcos/Publicaciones_archivos/Monopolio%20palomitas%20Cin-es-%20DC%202003.pdf> [Consulta: 9 de octubre de 2015].

físico y puede ampliar su actividad o excluir las manifestaciones de esa misma actividad realizada por otros, pues se trata de una inversión privada de la que se aprovecharían otros competidores que no han participado en ella, lo cual resultaría acorde a una estrategia empresarial basada en el propio esfuerzo, en contra de los gorriones que basan su éxito en las conductas de los demás. Ahora bien, el problema es otro. El límite a la libertad de empresa o estrategia empresarial inherente a dicho derecho se encuentra precisamente en la deslealtad de la conducta. El principio del propio esfuerzo se encuentra mal enfocado por los dos autores puesto que (i) el cine no está compitiendo con los demás establecimientos, sino restringiendo y «monopolizando» el mercado, (ii) además de que el propio cine en muchas ocasiones será el que aproveche la trascendencia de los vendedores limítrofes para «copiar» su modelo de negocio, los productos más demandados, etc., siendo así el propio cine el que se aproveche de la experiencia de los comerciantes (lo que en cierto modo se trataría de un acto de imitación de los previstos en el art. 11.3 LCD), (iii) el cine se inmiscuye en el mercado principal de éstos, por lo que no son los establecimientos limítrofes los que se aprovechan del beneficio del cine, sino que ofrecen un servicio distinto al cine, sin crearle perjuicio alguno, sino más bien al contrario, es el cine el que de forma interesada restringe el servicio principal de los demás mercados y (iv) con la exclusión de los productos externos, el cine no tiene competencia, puede ofrecer en su interior los productos que considere oportunos, al precio que quiera y con la calidad que le plazca, por lo que el «esfuerzo» por ganar al cliente brilla por su ausencia, creándose una relación más proclive a la «necesidad» y la «tradición» o «costumbre» que a la calidad o justo precio.

Precisamente sobre esta última conjetura descansa el mayor grado de deslealtad. Como destaca COSTAS COMESAÑA²⁴, la prohibición «tiene una finalidad claramente competitiva, porque resulta ser la manifestación externa de la decisión de cerrar artificialmente a los demás competidores el mercado de consumo de bebidas y productos comestibles en salas de cine que representa la clientela de la demandada, creando así un mercado o una clientela cautiva, que se ve impedida de ejercitar su libre elección». Promover la contratación propia mediante la eliminación de la competencia directa supone una conducta contraria a la buena fe objetiva puesto que constituye abusar de la posición de supremacía, vulnerando la libertad de acción de los operadores económicos. Y es que la tutela del artículo 4 LCD ya no es tanto la protección individual a través de la atribución de derechos

²³ PERDICES HUETOS, A.B.: *Comentario a...*, *op. cit.*, p. 493.

²⁴ COSTAS COMESAÑA, J.: *El concepto...*, *op. cit.*, p. 10.

subjetivos, sino que principalmente se trata de la protección institucional del orden económico competitivo²⁵.

4.2. Desde el punto de vista del consumidor: cine vs cliente

Si la deslealtad de la conducta era manifiesta respecto al ámbito empresarial de la competencia, mayor proyección cobra en el ámbito del derecho de consumo. La sanción viene desde una doble perspectiva: la de la abusividad y la de la deslealtad.

En primer lugar, ya hemos visto que la prohibición constituye una conducta restrictiva de la libertad de decisión y elección de los consumidores que, simultáneamente, produce el efecto indirecto de obstaculizar la competencia de un concreto competidor o competidores, es decir, los establecimientos cercanos que venden productos comestibles y bebidas. La prohibición suponía, por tanto, una conducta contraria a la buena fe objetiva *ex artículo 4 LCD*, puesto que, en relación con el artículo 19.1 LCD, se reputan desleales aquellas conductas contrarias a la diligencia profesional (*lex artis*) que incidan sobre el comportamiento económico del consumidor, en especial y a lo que a nuestro estudio comporta, afecta a la selección de una oferta u oferente, puesto que restringe la libertad de elección, a la vez que le merma de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado. Y ello ocurre porque posiblemente el consumidor optaría en la mayoría de las ocasiones por la compra de productos procedentes del exterior del cine, tanto por la calidad como por el precio, o porque prefiere hacer cola mientras come y bebe algún producto. Sin embargo con la prohibición no hay opción o alternativa, si quiere seguir consumiendo en la sala los productos que compró en el exterior deberá deshacerse de ellos y comprarlos en el interior del cine (o esperarse en la puerta hasta que los acabe).

Asimismo, resulta evidente que la prohibición constituye una cláusula contractual, por lo que también es sancionable desde el punto de vista de la LGDCU, es decir, mediante un control de abusividad:

- De un lado, la prohibición se trata de una cláusula abusiva porque vincula el contrato a la voluntad del empresario (*ex art. 85 LGDCU*) y ello con efectos tanto precontractuales, puesto que el consumidor que quiera acceder al cine se verá obligado a rehusar de la compra de productos externos, como

²⁵ COSTAS COMESAÑA, J.: *El concepto...*, *op. cit.*, p. 12.

contractuales, puesto que el consumidor deberá comprar obligatoriamente los productos que el empresario pone a su disposición, ningún otro. En definitiva, en contra de lo que opina MARCOS FERNÁNDEZ²⁶, la relación empresario-consumidor no nace con la efectiva consumación de la prohibición con la compra de productos del interior del cine, sino que la vinculación existe desde que la propia prohibición nace, pues causa efectos sin ser necesario que el consumidor acabe comprando los productos del cine. En consecuencia, la abusividad se consume con el nacimiento de la prohibición. Es ésta y no la compra de productos el factor desencadenante de los efectos negativos y restrictivos para el consumidor, por lo que la vinculación es directa y opera siempre.

- Por otro lado, se trata de un contrato de adhesión en el que una de las partes (el empresario) impone a la otra (consumidor) una condición o cláusula no negociada de forma bilateral, de tal forma que el consumidor, si quiere acceder al cine, debe aceptarla obligatoriamente. Incluso si se encuentra ya en el interior podría ser expulsado de ser ejercitada la prohibición por parte del empresario en el supuesto de que el consumidor quiera consumir otros productos distintos a los ofertados en el interior del establecimiento.
- Además, la cláusula constituye en sí misma una limitación de los derechos básicos del consumidor y usuario (art. 86 LGDCU, en relación con el art. 8.b del mismo cuerpo legal), pues la prohibición deja sin protección los intereses legítimos del consumidor como consecuencia, tal como indiqué líneas más arriba, de constituir una práctica comercial desleal y suponer una cláusula abusiva.

En suma, se trata de una estipulación no negociada individualmente, que carece de las exigencias de la buena fe, causando un perjuicio del consumidor y usuario consistente en la existencia de un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes del contrato (*ex art.* 82 LGDCU). Y ello se agrava si tenemos en cuenta que en la mayoría de las ocasiones la calidad de los alimentos ofertados es mucho peor a los que pueden comprarse en el exterior del recinto y, por supuesto, mucho más caros²⁷. El oportunismo causado por la situación de

²⁶ MARCOS FERNÁNDEZ, F.: *¿Monopolio...*, *op. cit.*, p. 357.

²⁷ La OCU realizó en el año 2005 un estudio sobre las palomitas de los cines en el que se obtuvo como resultado que «muchas de las palomitas que se venden en los cines llevan más de un 25 % de grasa y hasta un 3 % de sal. Y qué decir de su precio: una ración pequeña puede llegar a costar 2,60 euros». ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: *Palomitas en los cines*, Artículo, 1 de junio de 2005, <<http://www.ocu.org/alimentación/adelgazar/articulo/palomitas-en-los-cines>> [Consulta: 9 de octubre de 2015].

supremacía del cine provoca, en contra de lo que sostiene MARCOS FERNÁNDEZ²⁸, que los cines «se relajen», ofrezcan productos de peor calidad y el consumidor no pueda hacer nada al respecto.

Tampoco cabe pensar que el derecho de admisión reconocido a los establecimientos constituye aquí una causa o justificación suficiente para la prohibición. El derecho de admisión debe ser ponderado en base a otros factores, tales como la necesidad de la restricción, el orden público, la higiene, etc. Del mismo modo que se pronunciaba la Comisión de Cooperación de Consumo en el año 1998, enlazando con la expresión de la magistrada del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de A Coruña, el derecho de admisión no supone una «carta en blanco» para el empresario, sino que éste deberá respetar otros principios no discriminatorios y constitucionales que lo moderan (en este sentido se pronuncia el art. 29 de la Ley 7/2011, de 21 de marzo, de Espectáculos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Castilla-La Mancha).

Pero es que, incluso en el supuesto de que la prohibición pudiera ser legalmente válida, deberá figurar en un lugar visible en los accesos de los establecimientos, en la publicidad o propaganda y en las entradas o localidades que se vendan, pues de lo contrario constituiría igualmente una conducta desleal y abusiva o agravaría las razones para considerarla como tal.

Por último, cabe analizar el supuesto desde el punto de vista de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (LOCM), puesto que esta norma contempla los casos de ventas vinculadas. A diferencia de lo que opina PERDICES HUETOS²⁹, considero que ningún tipo de funcionalidad existe entre las palomitas y ver una película, más allá de la posible costumbre o «tradición». Cuando se habla de «funcionalidad» hay que hacerlo en sentido estricto, pues esa es la intención que a mi parecer persigue la norma. Del mismo modo que no existe funcionalidad entre escuchar música y leer el periódico, por ejemplo, pues cada acción constituye un elemento independiente que sólo se cohesionan en un momento concreto debido a los hábitos del sujeto actor, tampoco lo existe entre comer palomitas y ver una película. Pueden darse ambos elementos de forma independiente, sin que el uno requiera al otro, aunque, como es lógico, pueden colaborar en determinados momentos como consecuencia de las costumbres del

²⁸ MARCOS FERNÁNDEZ, F.: *¿Monopolio... op. cit.*, p. 354.

²⁹ Este autor considera que «precisamente por existir una relación funcional entre los productos (cine-palomitas), ningún reproche debe venir del artículo 34.1.a LOCM ni del artículo 8.3 LCD [hoy derogado], al excluir ambas normas de su aplicación los supuestos de relación entre productos». PERDICES HUETOS, A.B.: *Comentario a... op. cit.*, p. 496.

consumidor. En definitiva, la funcionalidad implica una compenetración mayor entre los elementos, de tal forma que el uno no pueda darse sin el otro, y sólo así cobra sentido la excepción del art. 34 LOCM. En consecuencia, no es válido tratar de justificar la conducta (prohibición) al amparo de esta norma, por lo que en caso de considerarse la existencia de una oferta conjunta, ésta sería contraria a Derecho.

5. Conclusiones

En resumen y como conclusiones, puede establecerse lo siguiente:

1. La instalación de un bar en el interior de un cine no constituye por sí sola una conducta desleal, pero sí competitiva, con fines concurrenciales y totalmente válida si se obtienen las licencias administrativas oportunas.
2. Sin embargo, la deslealtad nace con la prohibición de entrada de alimentos y bebidas procedentes del exterior del local puesto que limita los derechos del consumidor y usuario para elegir la oferta que más le plazca, y ello con efectos inmediatos, sin que sea necesario que el consumidor y usuario compre los productos en el interior, pues afecta a la toma de sus decisiones.
3. Asimismo, la prohibición constituye una conducta desleal, pues el cine se aprovecha de la supremacía en el negocio para monopolizar el mercado de venta de productos alimenticios, en detrimento de aquellos establecimientos limítrofes que no pueden competir con el cine. Además, el establecimiento cinematográfico se inmiscuye en el mercado principal de aquéllos, y en muchas ocasiones se beneficiará de la estrategia comercial de estos establecimientos para aplicarlo en su propio negocio.
4. Por otro lado, la prohibición en nada beneficia a los operadores económicos del mercado, pues desincentiva la mejora de los servicios ofertados por el cine y, más bien al contrario, propicia la puesta a disposición de productos de peor calidad y a un precio superior.
5. Tampoco es admisible alegar la supremacía del derecho de admisión para justificar la prohibición como una condición legítima, pues aquel derecho debe ponderarse de forma adecuada respetando los principios constitucionales.
6. El cartel, en cualquier caso, debe encontrarse en el exterior para considerarse existente la prohibición.

7. En el supuesto de considerarse existente una oferta conjunta, ésta no es válida por no existir funcionalidad entre comer palomitas y ver una película.