

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



UNS
UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SANTA

**INAPLICACIÓN DE TÉCNICAS ADECUADAS EN EL
PROCEDIMIENTO COLECTIVO IMPIDE LA TUTELA
PREVENTIVA DE LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES
DE LOS CONSUMIDORES**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**PRESENTADO POR:
BACH. HUGO OLIMPIO CARBAJAL BAZÁN**

**ASESOR:
DR. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS**

**NUEVO CHIMBOTE – PERÚ
2021**

HOJA DE AVAL DEL ASESOR

La presente tesis intitulada *Inaplicación de Técnicas Adecuadas en el Procedimiento Colectivo Impide la Tutela Preventiva de los Derechos Supraindividuales de los Consumidores*, ha sido elaborada de conformidad con el Reglamento General de Grados y Títulos, aprobado mediante la Resolución n.º 492-2017-CU-R-UNS de fecha 3 de julio de 2017 y sus modificatorias, en la modalidad de tesis. En este sentido, suscribo la presente tesis en mi calidad de asesor, designado mediante Resolución Decanatural n.º 263-2018-UNS-DFEH de fecha 28 de diciembre de 2018.



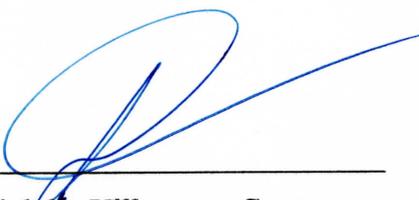
Dr. Noel Obdulio Villanueva Contreras

Asesor

HOJA DE AVAL DEL JURADO

Concluida la sustentación de la tesis intitulada *Inaplicación de Técnicas Adecuadas en el Procedimiento Colectivo Impide la Tutela Preventiva de los Derechos Supraindividuales de los Consumidores*, se considera aprobado al Bachiller Hugo Olimpio Carbajal Bazán, con código 0201235039.

Revisado y aprobado por el jurado evaluador designado mediante Resolución Virtual n.º 206-2021-UNS-CFEH de fecha 12 de julio de 2021.



Dr. Noel Obdulio Villanueva Contreras

Presidente



Ms. Manuel Stefan Castañeda Cruzado

Secretario



Ms. Juan Carlos Otoniel Pardo Reyes

Integrante

ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA

FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES



ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, mediante la plataforma video conferencia Zoom, siendo las nueve horas de la mañana del día 20 de agosto de 2021, se reunió el Jurado Evaluador presidido por: el Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS, teniendo como integrantes a: Ms. MANUEL STEFAN CASTAÑEDA CRUZADO y el Ms. JUAN CARLOS OTONIEL PARDO REYES para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADO, el Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: **HUGO OLIMPIO CARBAJAL BAZÁN**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

“INAPLICACIÓN DE TÉCNICAS ADECUADAS EN EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO IMPIDE LA TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES DE LOS CONSUMIDORES”.

Terminada la sustentación, el graduado respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: **APROBADO**; según el Art. 39° del Reglamento General de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 492-2017-CU-R-UNS de 03.07.2017).

Siendo las diez horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 20 de agosto de 2021

.....
NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS
PRESIDENTE

.....
MANUEL STEFAN CASTAÑEDA CRUZADO
SECRETARIO

.....
JUAN CARLOS OTONIEL PARDO REYES
INTEGRANTE

DEDICATORIA

*A los rostros desfavorecidos de esta sociedad
quienes, junto a nuestra circunstancia,
nos empujaron hasta aquí,
a lo que llamamos profesión
con el propósito valioso
de obrar para ellos.*

AGRADECIMIENTO

*Al Doctor Noel Villanueva Contreras,
por los libros prestados en nuestro traumático primer año,
por mostrarnos un Derecho que no está en la biblioteca sino en la vida,
por su crítica profesional al sistema de justicia,
por su valiosa experiencia
e, infinitamente, por su paciencia y palabras de encomio.
Sin duda, un maestro.*

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado:

En cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Reglamento General de Grados y Títulos, aprobado mediante la Resolución n.º 492-2017-CU-R-UNS y sus modificatorias, y en el Currículo de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas adscrita a la Facultad de Educación y Humanidades, presento la tesis intitulada *Inaplicación de Técnicas Adecuadas en el Procedimiento Colectivo Impide la Tutela Preventiva de los Derechos Supraindividuales de los Consumidores*, con la finalidad de obtener el título profesional de abogado.

La presente investigación se originó a partir de la experiencia del autor cuando realizaba prácticas profesionales y, posteriormente, como Director Ejecutivo en la Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Ancash (Acurea). Inició con la observación de la deficiente legislación peruana para la defensa y tutela colectiva. No obstante, el *quid* yace en las decisiones de los órganos del Indecopi quienes resuelven –o deberían de hacerlo– los actos ilícitos de las empresas (proveedores) en amenaza o perjuicio de los derechos supraindividuales grupales de los consumidores. Aquí, se constata una manifiesta inaplicación de las ya escasas técnicas procesales para la adecuada tutela del grupo.

Finalmente, como bien aconsejaba el emperador Marco Aurelio, en sus *Meditaciones*, “[r]eflexiona a menudo sobre la trabazón que mantienen entre sí las cosas del mundo y su mutua interdependencia” (p. 117). Así, en la presente investigación, se reflexiona sobre la necesaria interdependencia entre el derecho material y derecho procesal para poder obtener resultados de cambio.

El autor.

ÍNDICE GENERAL

Hoja del aval de asesor.....	i
Hoja del aval del jurado	ii
Acta de calificación de la sustentación de tesis.....	iii
Dedicatoria	iv
Agradecimiento.....	v
Presentación.....	vi
Resumen	xv
Abstract	xvi
I. INTRODUCCIÓN	01
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	01
1.1.1 Descripción de la realidad problemática.....	01
1.1.2 Objeto de la investigación.....	04
1.1.3 Antecedentes del problema	05
1.2 ENUNCIADO DEL PROBLEMA	11
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
1.3.1 Objetivo general	11
1.3.2 Objetivos específicos	11
1.4 FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	12
1.5 VARIABLES.....	12
1.5.1 Variable independiente	12
1.5.2 Variable dependiente	12
1.6 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	12
1.7 ESTRUCTURA DEL TRABAJO	13
1.8 BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS,	

TIPO DE INVESTIGACIÓN Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.9 BREVE DESCRIPCIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA	14
II. MARCO TEÓRICO, LEGISLACIÓN Y CASUÍSTICA.....	15

CAPÍTULO I

DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES

DE LOS CONSUMIDORES Y SU TUTELA PREVENTIVA

1. PREMISA: CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	15
2. DERECHO DEL CONSUMIDOR.....	19
3. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES	23
4. DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES	27
4.1 DERECHO DIFUSO	29
4.2 DERECHO COLECTIVO	31
5. DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS.....	33
6. RELACIÓN JURÍDICA SUPRAINDIVIDUAL Y ACTO ILÍCITO	36
7. MODALIDADES DE ACCIÓN U OMISIÓN ILÍCITAS	40
8. TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES	43
8.1 PRIMER ACERCAMIENTO	43
8.2 RELACIÓN ENTRE EL DERECHO MATERIAL Y DERECHO PROCESAL	44
8.4 TUTELAS MATERIALES PREVENTIVAS: INHIBITORIA Y DE REMOCIÓN.....	46
9. TÉCNICAS PROCESALES PARA LA TUTELA PREVENTIVA DE DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES	51
9.1 ANTICIPACIÓN DE TUTELA.....	51
9.1.1 Definición y alcances.....	51

9.1.2	Otras explicaciones	54
9.1.3	Presupuestos de la anticipación de tutela	56
a.	Convencimiento de la verosimilitud de la alegación con base en prueba consistente	58
b.1	Que exista fundado temor de ineficacia del proveimiento final	67
b.2	Que esté comprobado el abuso de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado	69
c.	Peligro de irreversibilidad	71
9.1.4	<i>Excursus</i> : Anticipación de tutela por no necesidad de producción de prueba	73
9.2	MEDIDAS COERCITIVAS	74
10.	PROCESO COLECTIVO	76

CAPÍTULO II

PROCEDIMIENTO COLECTIVO CONTENIDO EN LA LEY 29571 CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

1.	PREMISA.....	79
2.	OBJETO DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO	82
2.1	MEDIDAS CORRECTIVAS REPARADORAS	84
2.2	MEDIDAS CORRECTIVAS COMPLEMENTARIAS	87
3.	LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA PARA OBRAR ACTIVA	93
3.1	ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES	93
3.2	ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI.....	97
4.	LEGITIMACIÓN PASIVA Y OTRAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN	98
4.1	PROVEEDOR DE PRODUCTOS Y SERVICIOS.....	98
4.2	ADMINISTRADORES DE LOS PROVEEDORES.....	101
5.	COMPETENCIA PRIMARIA: INDECOPI	105

5.1. ÓRGANO INSTRUCTOR: SECRETARÍA TÉCNICA	109
5.2. PRIMER GRADO: COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	109
5.3. SEGUNDO GRADO: SALA ESPECIALIZADA EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	111
5.4 DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI	111
5.4.1 En el ámbito de los organismos reguladores	111
a. Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran)	114
b. Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Tele- comunicaciones (Osiptel).....	115
c. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, Minería e Hidrocarburos (Osinergmin)	117
d. Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass).....	118
5.4.2 En el ámbito preventivo de otras entidades públicas según el bien o servicio	119
a. Trato preferente para personas con discapacidad	120
b. Servicio de transporte terrestre (interprovincial y urbano) y ferroviario.....	122
c. Servicio de transporte aéreo	123
d. Servicios educativos (básico y superior)	124
e. Higiene y salubridad en establecimientos comerciales	125
f. Alimentos y bebidas envasados.....	126
5.4.3 Competencia transferida por ley a la Susalud	126

5.4.4 Competencia de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).....	128
6. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN COLECTIVA	129
7. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO	133
7.1 ADMISIÓN A TRÁMITE E IMPUTACIÓN DE CARGOS	133
7.2 PROBLEMAS PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO SUPRAINDIVIDUAL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO	134
7.3 SUBSANACIÓN DEL ACTO ILÍCITO ANTES DE LA NOTIFICACIÓN DE IMPUTACIÓN DE CARGOS	141
7.4 ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO	143
8. MEDIDAS CAUTELARES (<i>RECTIUS</i> : ANTICIPACIÓN DE TUTELA) Y DE COERCIÓN.....	150
8.1 RÉGIMEN LEGAL Y NATURALEZA.....	150
8.2 PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA.....	156
8.2.1 Verosimilitud del carácter ilegal del daño	157
8.2.2 Que la intervención preventiva sea necesaria para evitar que el daño ocasionado se torne en irreparable	158
8.2.3 Adecuación de la medida	159
8.3 EJECUCIÓN Y MEDIDAS DE COERCIÓN	160

CAPÍTULO III

TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES DE LOS CONSUMIDORES EN EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO: ¿INAPLICABLE O PROCEDENTE?

1. PRODUCTOS VACACIONALES CON CLÁUSULAS ABUSIVAS: ACUREA VS. BLUE MARLIN BEACH CLUB (EXPEDIENTE N.º 662-2018/CC2)	163
---	-----

1.1	HECHOS RELEVANTES	163
1.2	ANÁLISIS DEL CASO	168
2.	ADULTERACIÓN DE LA SAL DE COCINA: ACUREA VS. VIGO (EXPEDIENTE N.º 48-2018/CPC-INDECOPI-CHT).....	174
2.1	HECHOS RELEVANTES	174
2.2	ANÁLISIS DEL CASO	178
3.	VINOS CON REGISTRO SANITARIO VENCIDO EN EL SUPERMERCADO MÁS CERCANO: ACUREA VS. PLAZA VEA Y ROMOVI (EXPEDIENTE N.º 991-2019/CC2).....	185
3.1	HECHOS RELEVANTES	185
3.2	ANÁLISIS DEL CASO	191
4.	LA PLATAFORMA DE INTERNET NO SE HACE RESPONSABLE SI TU COMPRA NO LLEGÓ: ACUREA VS. MERCADO LIBRE (EXPEDIENTE N.º 1302-2019/CC2).....	205
4.1	HECHOS RELEVANTES	205
4.2	ANÁLISIS DEL CASO	211
5.	LA TIRANÍA DEL PAPEL EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR UNIVERSITARIA: ACUREA VS. UNASAM (EXPEDIENTE N.º 13-2020/CPC-INDECOPI-ANC).....	222
5.1	HECHOS RELEVANTES	222
5.2	ANÁLISIS DEL CASO	228
III.	MATERIALES Y MÉTODOS.....	235
3.1	TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	235
3.2	MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	235
3.3	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	237
3.4	POBLACIÓN MUESTRAL	239

3.5	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	241
3.6	TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	244
3.7	PROCESAMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.....	245
IV.	RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	247
4.1	RESULTADO N.º 1 Y DISCUSIÓN	247
4.2	RESULTADO N.º 2 Y DISCUSIÓN	250
4.3	RESULTADO N.º 3 Y DISCUSIÓN	254
4.4	RESULTADO N.º 4 Y DISCUSIÓN	256
4.5	RESULTADO N.º 5 Y DISCUSIÓN	260
4.6	RESULTADO N.º 6 Y DISCUSIÓN	262
4.7	RESULTADO N.º 7 Y DISCUSIÓN	264
4.8	RESULTADO N.º 8 Y DISCUSIÓN	271
V.	CONCLUSIONES	274
VI.	RECOMENDACIONES	277
VII.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	284
7.1	LIBROS	284
7.2	ARTÍCULOS EN LIBROS COLECTIVOS.....	288
7.3	ARTÍCULOS EN REVISTAS	292
7.4	ARTÍCULOS EXCLUSIVOS DE LA INTERNET.....	294
7.5	TESIS.....	294
	7.5.1 Tesis nacionales.....	294
	7.5.2 Tesis del extranjero.....	295
7.6	RESOLUCIONES	296
	7.6.1 Indecopi.....	296
	7.6.2 Tribunal Constitucional del Perú.....	305

7.6.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	306
7.7 NORMAS.....	306
7.6.1 Rango constitucional.....	306
7.6.2 Rango legal.....	306
7.6.3 Rango reglamentario.....	307
7.8 OTROS DOCUMENTOS.....	308
ANEXO 1. MATRIZ DE CONSISTENCIA	
ANEXO 2. GUÍAS DE ANÁLISIS DE CASOS	
ANEXO 3. DECLARACIÓN JURADA DE AUTORÍA	

RESUMEN

Mediante la presente tesis de investigación, se ha planteado el objetivo general de evaluar cuál sería el efecto de la inaplicación de técnicas adecuadas por los órganos resolutivos del Indecopi sobre los derechos supraindividuales de los consumidores, en el marco del procedimiento colectivo de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor. Previamente, se explica la teoría de los derechos supraindividuales –difuso y colectivo– de los consumidores que justifican un tipo de tutela preventiva. Posteriormente, se analiza si la estructura del procedimiento colectivo contenido en el citado Código, permite la tutela preventiva de derechos supraindividuales de los consumidores. Finalmente, se evalúa concretamente la aplicación de las técnicas procesales como la anticipación de tutela y medidas coercitivas, a través del estudio de expedientes con resolución de primer grado.

El desarrollo de la investigación permitió obtener el resultado general de que los órganos resolutivos del Indecopi –de primer y segundo grado– inaplicaron las técnicas procesales como la anticipación de tutela y medidas coercitivas en cuatro de los cinco procedimientos evaluados. Así también, se obtuvo los resultados consistentes en que únicamente los derechos supraindividuales justifican la tutela preventiva y no los derechos individuales homogéneos; la estructura del procedimiento colectivo contenido en el citado Código sí permite los dos tipos de tutela preventiva (inhibitoria y de remoción), y las medidas rotuladas como cautelares en el artículo 109 del Código tienen, en realidad, naturaleza de medidas anticipatorias de tutela.

Palabras clave: Derechos supraindividuales – tutela preventiva – anticipación de tutela – medidas coercitivas.

El autor.

ABSTRACT

Through this research thesis, the general objective of evaluating what would be the effect of the inapplication of adequate techniques by the decision-making bodies of Indecopi on the supra-individual rights of consumers, within the framework of the collective procedure of Law 29571 Code Protection and Defense of the Consumer. Previously, the theory of supra-individual rights - diffuse and collective - of consumers that justify a type of preventive protection is explained. Subsequently, it is analyzed whether the structure of the collective procedure contained in the aforementioned Code allows the preventive protection of supra-individual rights of consumers. Finally, the application of procedural techniques such as anticipation of guardianship and coercive measures is specifically evaluated, through the study of files with first degree resolution.

The development of the investigation obtains the general result of the decision-making bodies of Indecopi –first and second degree– which failed to apply procedural techniques such as anticipation of guardianship and coercive measures in four of the five evaluated procedures. Likewise, the consistent results were obtained in that only supra-individual rights justify preventive protection and not homogeneous individual rights; The structure of the collective procedure contained in the aforementioned Code does allow both types of preventive protection (inhibitory and removal), and the measures labeled as precautionary in article 109 of the Code are, in reality, in the nature of anticipatory protection measures.

Keywords: Supraindividual rights – preventive guardianship – anticipation of guardianship – coercive measures.

The author.

I. INTRODUCCIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

La tutela de los derechos supraindividuales –difuso y colectivo– del grupo y conjunto de consumidores mediante los procedimientos colectivos, es un indicador de la nueva realidad en el Perú. Aquella fue posible a través de un marco legal primigenio contenido en el Decreto Legislativo 716 que aprobó la Ley de Protección al Consumidor del 11 de julio de 1991. Luego, avanzó con la vigente Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código del Consumidor), desde el 2 de octubre de 2010.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección a la Propiedad Intelectual (en adelante Indecopi) es la autoridad competente, desde su creación en 1992, para resolver los actos ilícitos contra las normas contenidas en el Código del Consumidor. Las asociaciones de consumidores, debidamente inscritas en el Indecopi, tienen legitimación para accionar en defensa de los derechos supraindividuales (arts. IV.6, 129 y 153.2 del Código del Consumidor); así también, los órganos funcionales del Indecopi de oficio.

No obstante, el diseño legal de tutela de los derechos supraindividuales mediante el procedimiento contenido en el Código del Consumidor no está exento de críticas. Estas se pueden dirigir tanto a las normas de derecho material como a las normas procesales (que regulan propiamente el procedimiento colectivo).

Respecto de las normas de derecho material, los textos definitorios de los intereses colectivos y difusos, contenidas en el artículo 128, literales a. y b. del Código del Consumidor, son inaceptables:

- a. Interés colectivo de los consumidores.– Son acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de

consumidores que se encuentren ligados con un proveedor y que pueden ser agrupados dentro de un mismo grupo o clase.

- b. Interés difuso de los consumidores.— Son acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados.

Véase la equiparación, superada hoy, de los “intereses” con las “acciones” para su defensa. Se incluye la nota característica de “derechos comunes” en la definición de los intereses colectivos, cuando no corresponde en tanto es propia de los derechos individuales homogéneos. Ni qué decir de la ausencia de regulación de estos últimos en el Código del Consumidor, imprescindibles para la cabal comprensión de la tutela colectiva.

Respecto de las normas procesales, ni siquiera se podría hablar de un diseño del procedimiento *exclusivamente* colectivo. Esto porque mediante el Código del Consumidor se estableció un *único* procedimiento que sirve tanto para la sustanciación de controversias individuales como colectivas: procedimiento sancionador en materia de protección al consumidor (subcapítulo II del capítulo III del Código del Consumidor).

A pesar de su denominación, no es un típico procedimiento sancionador donde la parte denunciante (asociación de consumidores en este caso) solo tendría el rol de informar la presunta infracción; solo habrían dos partes: la administración y el administrado (presunto (infractor)). En realidad, el procedimiento sancionador en materia de protección al consumidor es una excepción ya que la asociación de consumidores tiene poder de presentar pruebas, impugnar, etcétera.

El plazo de la duración del procedimiento colectivo tampoco está en el Código del Consumidor. Se aplica el plazo de 120 días hábiles contenido en la décimo cuarta disposición final de la Ley 27809 Ley General del Sistema Concursal. Habría que preguntarse si, en dicho plazo, se efectivizan las tutelas prometidas hacia el derecho supraindividual –difuso o colectivo– del grupo y conjunto de consumidores. Esto cobra

relevancia cuando el legitimado solicita un tipo de tutela preventiva frente a la sola amenaza, la cual debe ser efectiva por el solo hecho de la constatación de acciones ilícitas, sin necesidad de recurrir a la noción del daño.

El procedimiento establecido mediante el Código del Consumidor se desarrolla en la vía administrativa. En otros países, el debate se da en la vía judicial. La alternativa del modelo peruano implicó cierta aceptación por el prestigio del Indecopi; no obstante, también supone ciertas limitaciones en cuanto a los mecanismos de tutela, p. ej., la autoridad administrativa no puede declarar la nulidad de cláusulas abusivas de un contrato (solo las inaplica) ni otorgar tutela resarcitoria ante daños, entre otros.

Aún con todas las deficiencias –apenas anotadas–, no se puede negar la existencia del procedimiento colectivo. En este sentido, se puede hallar en el Código del Consumidor tipos de tutela para los derechos supraindividuales de los consumidores; en especial, tutelas preventivas bajo el rótulo legal de medidas correctivas (arts. 115 y 116 del Código del Consumidor). Consecuentemente, se hallan las técnicas procesales para posibilitar la tutela preventiva bajo los rótulos de medidas cautelares (art. 109) y multas coercitivas (art. 117).

Y es que se debe hacer hincapié en que los derechos supraindividuales del grupo y conjunto de consumidores pertenecen a la denominada tercera generación de derechos humanos en el ámbito constitucional e internacional. Su fundamento es la solidaridad en tanto son colectivos. Además, son inviolables y no patrimoniales. Por tanto, su tutela efectiva, cual crepúsculo, consiste en que se les otorgue una tutela preventiva ante la sola amenaza y no tutela equivalente en dinero cuando la lesión sea irreversible.

La tutela preventiva se da, al menos, en tres ámbitos. En el primero, ocurre a través de las normas materiales de protección contenidas en el Código del Consumidor que prescriben mandatos (hacer) y prohibiciones (no hacer), de allí su denominación de *Código de*

Protección. En el segundo, mediante funciones administrativas de entes estatales: organismos técnicos y reguladores. En el tercero, mediante el procedimiento colectivo ante el Indecopi, de allí su también denominación de *Código de Defensa*. En este último ámbito, se estudiará el objeto de la presente investigación.

Se debe dejar constancia de la escasez de los estudios sobre el diseño legal del procedimiento colectivo contenido en el Código del Consumidor, según la revisión del estado de la cuestión. Los pocos existentes provienen de la procesalística y no de los así llamados iusconsumidoristas. Esto no es de extrañar en tanto la doctrina procesal asumió la postura de una necesaria adecuación del proceso al derecho material hace decenios.

Finalmente, genera más asombro no hallar estudios (tesis de investigación) respecto de los efectos de la inaplicación de técnicas procesales por los órganos resolutiveos del Indecopi durante los años de vigencia del Código del Consumidor. No se puede soslayar esta perspectiva ya que de ser ciertas las críticas y virtudes esbozadas sobre el Código del Consumidor, la casuística sería la evidencia. Mediante este trabajo de investigación, se realizará una actividad descriptiva de la casuística relevante y se extraerán resultados y conclusiones, hasta ahora inéditos, para teorizar (inducción).

1.1.2 OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El objeto de investigación es la inaplicación de técnicas procesales adecuadas por los órganos resolutiveos del Indecopi en procedimientos de defensa de derechos supraindividuales de los consumidores, en el marco de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, durante los años 2018-2020.

1.1.3 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

En sede nacional, las tesis relacionadas con el objeto de investigación son las siguientes:

1. Cuyutupa (2017) en su tesis intitulada “La caracterización del procedimiento administrativo de protección al consumidor: ¿un frankenstein administrativo? Propuesta de cambio para la efectiva tutela del derecho fundamental de la protección al consumidor” para obtener el título de segunda especialidad en protección al consumidor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, concluyó que:
 - (i) “El procedimiento administrativo puede clasificarse en ordinario o especial, siendo los especiales el trilateral o el sancionador, no se debe admitir mezclas” (s. p.).
 - (ii) El procedimiento administrativo de protección al consumidor es esencialmente sancionador, pero tiene matices que se le puede considerar una mezcla que el Código de Protección y Defensa del Consumidor ha creado, contrario a lo dispuesto por la doctrina y la Ley del Procedimiento Administrativo General (s. p.).
 - (iii) Se requiere de una transformación de la naturaleza jurídica del procedimiento de protección al consumidor en tanto un procedimiento de tutela de derechos fundamentales no puede ser a la vez sancionadora (s. p.).
2. Boulangger (2015) sustentó su tesis intitulada “La naturaleza no indemnizatoria de la medidas correctivas y su régimen jurídico en el derecho administrativo peruano. Especial referencia al Código de protección y defensa del consumidor” para obtener el título de abogada por la Universidad de Piura. Aquí concluyó que:

- (i) Debido a un cambio en el rol del Estado, las medidas correctivas extendieron su ámbito de aplicación a la actividad inspectora de los organismos técnicos especializados (s. p.).
 - (ii) Las medidas correctivas son independientes del procedimiento sancionador, se dictan dentro de él debido a una cuestión de economía procesal pero no le serán aplicables los mismos principios del derecho sancionador sino los principios generales del Derecho Administrativo (s. p.).
3. Durand (2004) en su tesis denominada “El Derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma” para obtener el grado de Doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú concluyó que:
- (i) La perspectiva del Derecho del Consumidor para el futuro es constituirse en una disciplina autónoma y ser parte de todo un ‘Sistema de Protección al Consumidor’ constituido por disposiciones legales de carácter preventivo y normas administrativas que regulen aspectos de consumo en materias de producción, comercialización, publicidad, mercadeo, reclamaciones, reparación de daños, sistemas de solución de conflictos, formas efectivas, simples y dinámicas de reclamar, cultura, educación y promoción de los derechos del consumidor, asociaciones de consumidores, *class action*, legitimidad para obrar en virtud del interés difuso, vía judicial especial (p. 518).
 - (ii) Existe un tratamiento irregular de la tutela jurídica del consumidor desde el punto de vista de los intereses difusos pues solo existe una escueta mención en el artículo 82 del Código Procesal Civil, lo que dificulta el ejercicio ciudadano para entablar demandas de este tipo e incluso acciones de amparo (p. 522).

- (iii) En el ámbito del Derecho procesal la situación ha permanecido indiferente pues permanecen normas clásicas estructuradas para otro tipo de situaciones y no se han instituido instrumentos procesales para mejorar el tratamiento jurídico de la tutela jurisdiccional del consumidor (p. 522).
4. Terrazas (2017) en su tesis denominada “La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas para casos médicos en materia de protección al consumidor” para obtener el título de segunda especialidad en Derecho público y Buen gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú concluyó que:
- (i) En materia de protección al consumidor, el Indecopi ha instaurado la regla de la carga de la prueba que en una primera etapa el consumidor debe acreditar la existencia de un defecto en el bien o servicio y, en una segunda etapa, se invierte la carga de la prueba en la cual el proveedor debe demostrar que el referido defecto no le es imputable (p. 21).
 - (ii) No obstante, el Indecopi ha flexibilizado la regla antes descrita en determinados casos médicos en concordancia con la teoría de las cargas probatorias dinámicas (Jorge Peyrano) según la cual en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producirla (p. 21).
5. Cárdenas (2013) en su tesis intitulada “Repercusión del sistema de reparación por daños y perjuicios ante el menoscabo a la salud del consumidor, Arequipa 2013” para obtener el grado de Magíster en Derecho empresarial por la Universidad Católica de Santa María concluyó que:
- (i) Las repercusiones del sistema de reparación por daños y perjuicios en el ordenamiento jurídico peruano no es eficiente en tanto no existe un desarrollo

simultáneo del derecho procesal, lo cual genera un desequilibrio al dificultar la defensa de los consumidores y la obtención de indemnizaciones por daños y perjuicios (p. 165).

(ii) De los expedientes analizados se advierte que el proveedor no cumple con advertir del peligro de sus productos a los consumidores sin que una eventual sanción de multa e indemnización pueda modificar su conducta (p. 165).

6. Hurtado (2005) en su tesis denominada “Bases teóricas para la regulación de la tutela diferenciada en el proceso civil peruano” para optar el grado académico de Doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, concluyó que la tutela jurisdiccional tendrá el carácter de efectiva si el juez cuenta con la posibilidad de otorgar tutelas diferenciadas como la de dictar tutela preventiva no para reparar un perjuicio sino para evitarlo, prevenirlo o evitar su continuidad y con la posibilidad de dictar medidas urgentes satisfactorias sin mayor trámite (s. p.).

En sede internacional, se ha accedido a las siguientes tesis relacionadas con el objeto de investigación:

1. Corominas (2015) en su tesis intitulada “La legitimación activa en las acciones colectivas” para obtener el grado académico de Doctora por la Universitat de Girona, concluyó que:

(i) El criterio de la determinabilidad que históricamente se ha utilizado para diferenciar entre intereses colectivos e intereses difusos, en protección de consumidores y usuarios, resulta insuficiente por no tener en cuenta los supuestos en los que la notificación y consecuente participación de los afectados en el proceso es imposible debido a que, por ejemplo, estos residen en países diferentes, su número es elevado o el perjuicio sufrido por cada uno es distinto.

La indeterminación de los afectados no puede ser un criterio impeditivo de la reparación de la afectación de los intereses colectivos; es el juez quien debe analizar las circunstancias del caso para determinar si la falta de identificación nominal puede conllevar una pérdida de oportunidad judicial económicamente sustancial (p. 302).

- (ii) En los *intereses propiamente grupales*, el colectivo titular preexiste a la producción de la afectación concreta, por lo que no se requiere una afectación real; bastará el mero riesgo potencial de afectación a partir de una determinada conducta lesiva para el ejercicio de la acción colectiva. La existencia previa de este grupo titular llamado “*clase potencialmente afectada*” posibilita la tutela preventiva del daño de los intereses pluriindividuales homogéneos y propiamente grupales (p. 303).
- (iii) La necesidad de un proceso colectivo para la tutela de los intereses propiamente grupales reside en una titularidad inmediata por parte del colectivo y mediata respecto cada miembro. En los supuestos en los que se hayan afectado a los intereses propiamente grupales y pluriindividuales homogéneos se permite ejercitar la acción de cesación e indemnización conjuntamente (pp. 303 y 304).
- (iv) El *standing to sue* o legitimación de las *class actions* norteamericanas no puede adoptarse automáticamente a un sistema de *civil law* ya que el ordenamiento jurídico estadounidense presenta características exclusivas generales –como el *discovery*, notificación adecuada a la clase, discrecionalidad judicial o el papel del jurado– y las propias de la *class actions* como el efecto regulativo y el papel de los abogados (p. 306).

2. González (2013) en su tesis denominada “La tutela civil de consumidores y usuarios: problemática subjetiva” para optar el grado de Máster en Derecho público por la Universidad Complutense de Madrid, concluyó que:
- (i) La existencia de mecanismos que permitan una tutela colectiva de los derechos e intereses de consumidores y usuarios encuentra justificación tras el despegue definitivo de las nuevas tecnologías y la masificación del comercio electrónico. La Unión Europea ha tomado la iniciativa mediante diversas directivas (concepto de consumidor, acciones de cesación) a fin de armonizar la legislación de los Estados miembros; sin embargo, las divergencias entre legislaciones nacionales siguen existiendo (p. 108).
 - (ii) Se aprecia dificultades en la jurisprudencia cuando se trata de aplicar la distinción entre intereses supraindividuales y derechos individuales. La acción típica de los primeros es la de cesación, mientras que en el segundo la que procede es la acción resarcitoria (p. 108).
 - (iii) Si las asociaciones de consumidores ejercitan acciones en defensa de intereses supraindividuales con apoyo en el art. 11.1 LEC, no se les exigirá que cumplan las normas de publicidad del art. 15 LEC y aunque los consumidores y usuarios sean indeterminados o indeterminables, en ningún caso se aplicará el requisito de la representatividad como elemento de la legitimación. También pueden actuar en defensa de derechos individuales conexos si los consumidores están determinados o sean determinables (art. 11.2 LEC) o están indeterminados o sean indeterminables (art. 11.3 LEC). En el último supuesto, sí deben cumplir con ser representativas al formar parte del Consejo de Consumidores y Usuarios (art. 24.2 TRLDCEU). Si el hecho dañoso se produce en un ámbito estrictamente

autonómico, la representatividad de una asociación vendrá fijado por la legislación autonómica correspondiente (pp. 108 y 109).

1.2 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Qué efecto tiene la inaplicación de técnicas adecuadas por los órganos resolutivos del Indecopi sobre los derechos supraindividuales de los consumidores, en el marco del procedimiento colectivo de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor?

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1 OBJETIVO GENERAL

Evaluar cuál sería el efecto de la inaplicación de técnicas adecuadas por los órganos resolutivos del Indecopi sobre los derechos supraindividuales de los consumidores, en el marco del procedimiento colectivo de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Explicar la teoría de los derechos supraindividuales –difusos y colectivos– de los consumidores que justifican un tipo de tutela preventiva mediante las técnicas procesales de anticipación de tutela y multas coercitivas.
- b) Analizar si el objeto, legitimación, competencia, medidas cautelares y de coerción del procedimiento colectivo regulados en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, permiten la tutela preventiva de derechos supraindividuales de los consumidores.
- c) Evaluar, a través de los expedientes sobre procedimientos colectivos con resolución de primer grado, si existe la adecuada aplicación de técnicas procesales como la anticipación de tutela y multas coercitivas para la tutela preventiva.

1.4 FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La formulación de la hipótesis es la siguiente: “La inaplicación de técnicas adecuadas por los órganos resolutivos del Indecopi en el procedimiento colectivo de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, impide la tutela preventiva de los derechos supraindividuales de los consumidores”.

1.5 VARIABLES

1.5.1 VARIABLE INDEPENDIENTE

La inaplicación de técnicas adecuadas por los órganos resolutivos del Indecopi en el procedimiento colectivo de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor.

1.5.2 VARIABLE DEPENDIENTE

Impide la tutela preventiva de los derechos supraindividuales de los consumidores.

1.6 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación es relevante por dos razones. La primera, se enfatiza en la tutela preventiva y no en la tutela resarcitoria de los derechos supraindividuales de los consumidores que en tanto derechos humanos se presuponen inviolables. La segunda, se advierte que la cantidad de denuncias interpuestas por asociaciones, en defensa de los derechos supraindividuales de los consumidores, y resueltas por Indecopi, ha incrementado desde el 2016 hasta el 2017, en razón de 114 (Indecopi, Estado de la protección de los consumidores en el Perú: Informe anual 2016, p. 90) a 338 denuncias (Indecopi, Estado de la protección de los consumidores en el Perú: Informe anual 2017, p. 75).

El objeto de estudio debe de investigarse ya que, de la cantidad de denuncias resueltas por el Indecopi en el año 2017 (338), solo el 51.5% de ellas fueron declaradas a favor de las asociaciones de consumidores (Indecopi, Estado de la protección de los consumidores en el

Perú: Informe anual 2017, p. 77); sin embargo, no reporta ningún diagnóstico cualitativo del desarrollo de aquellos procedimientos colectivos y las técnicas procesales aplicadas. Además, el Indecopi no tiene los parámetros de búsqueda si los procedimientos fueron en tutela de los derechos difusos o, excluyentemente, derechos colectivos (Indecopi, 11 de abril de 2018); por lo cual, se debe contribuir con un primer diagnóstico.

Los beneficiados serán los grupos de consumidores y usuarios en tanto titulares de derechos supraindividuales de carácter indivisible y las asociaciones legitimadas. Así, mediante los resultados, los beneficiados podrán conocer los fundamentos para solicitar una verdadera tutela preventiva mediante el procedimiento colectivo, cuál es la relevancia de la calificación inicial entre derechos difusos o colectivos, cómo resultan útiles las técnicas procesales como la anticipación de tutela con medidas y multas coercitivas. Los beneficiados también serán los proveedores por cuanto los resultados esperados implican un procedimiento más garantista en su favor.

1.7 ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

La estructura de la investigación consta de tres capítulos. En el primer capítulo, se explica la teoría de los derechos supraindividuales de los consumidores, además la teoría subsecuente que abona por su tutela preventiva a través de técnicas procesales como la anticipación de tutela y multas coercitivas. En el segundo capítulo, se analiza la estructura del procedimiento colectivo contenido en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, a través de las resoluciones de los órganos del Indecopi. Finalmente, en el tercer capítulo, cual amalgama de los capítulos precedentes, se evalúa si existe la adecuada aplicación de aquellas técnicas procesales en los procedimientos colectivos, a través de las piezas pertinentes de cinco expedientes (casuística).

1.8 BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación, por su naturaleza, es de tipo descriptiva y, por su finalidad, es aplicada en tanto se sirve de postulados teóricos existentes en la literatura jurídica. El método científico empleado es el inductivo con un enfoque eminentemente cualitativo lo que implica explorar y describir el objeto de investigación basado en la lógica. Los métodos jurídicos empleados son el dogmático, sociológico y funcional en tanto se han precisado definiciones y relaciones de los conceptos jurídicos fundamentales, además de la verificación de la aplicación concreta de las normas en procedimientos colectivos que yacen en cinco expedientes seleccionados.

Asimismo, se han empleado los diseños de investigación-acción para obtener un diagnóstico del problema de la inaplicación de técnicas adecuadas en el procedimiento colectivo, el descriptivo para señalar la regulación normativa material y procesal y el propositivo para la propuesta de mejora de los textos normativos. Las técnicas de recolección de datos empleadas son el fichaje, bitácora de anotaciones y estudio de casos a través de la observación directa.

1.9 BREVE DESCRIPCIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

La presente investigación, específicamente, el marco teórico se ha nutrido de diversos autores nacionales e internacionales. Son fundamentales –y por eso tan omnipresentes– los aportes de los profesores Proto Pisani de Italia y Marinoni del Brasil. Así también, no se hubiera podido cerrar diversas cuestiones sin las reflexiones de los profesores Priori Posada, Gidi, Chiarloni, Didier Jr., Mitidiero y Gascón Abellán. Finalmente, y no podía ser de otro modo debido al sugerente título de esta tesis, se hallará un nutrido y a la vez sintético repertorio de pronunciamientos de los tribunales del Indecopi.

II. MARCO TEÓRICO, LEGISLACIÓN Y CASUÍSTICA

CAPÍTULO I

DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES DE LOS CONSUMIDORES

Y SU TUTELA PREVENTIVA

1. PREMISA: CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Se suele situar, en la imaginaria línea del tiempo, al fenómeno de la constitucionalización en el colofón de la segunda guerra mundial o alba de la segunda mitad del XX. Picó I Junoy (1997) lo ubica justamente en esa época; en especial, para los países europeos que habían padecido del régimen totalitarista (p. 37).

En 1948, Couture (1948) –hablando de Latinoamérica– entendía a la constitución como un marco de enlace natural con el Derecho procesal (p. 24). En 1970, Comoglio –hablando de Italia– realizó un profundo desarrollo de las garantías procesales del artículo 24 de la Constitución italiana a la luz de la experiencia jurisprudencial (Comoglio, 2016). En cambio,

en 1996, Favoreu –hablando de Francia– no le otorgaba más de una quincena de años en el que se llegó a conocer por obra del Derecho comparado (Favoreu, 1996).¹

Independientemente de la época de su inicio en cada latitud, la constitucionalización es hoy una realidad. Es un fenómeno cultural que condiciona las estructuras e instituciones de cualquier sociedad del Estado moderno. Irradia a todo como luz incandescente. Así, la constitucionalización alcanza también al ordenamiento jurídico.

Para Guastini (2010), se habla de constitucionalización “para entender el proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales” (p. 356). En un ordenamiento constitucionalizado, el derecho constitucional ocupa el espacio social y político; condiciona la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, relaciones privadas, todo (Guastini, 2010, p. 357).

Favoreu (1996) habla de efectos directos e indirectos de la constitucionalización:

- (i) Son efectos directos: (a) la constitucionalización-juridización, como efectividad de las disposiciones del texto constitucional, (b) constitucionalización-elevación, en tanto la Constitución le impone la reserva de ley al propio legislador y (c) constitucionalización-transformación referida a los derechos y libertades pero también el cambio en las instituciones administrativas y jurisdiccionales.
- (ii) Son efectos indirectos: (a) la modernización del derecho, (b) la unificación del orden jurídico, relativiza la distinción entre derecho público y privado y (c) simplificación del orden jurídico (pp. 39-43).

¹ Favoreu (1996) manifestó textualmente lo siguiente: “Y es a través del derecho comparado que tomé personalmente conciencia del problema: pues es leyendo el estudio de Michel Fromont sobre ‘Los derechos fundamentales en el orden jurídico de la RFA’, publicado en los *Mélanges Eisenmann* en 1974, que he captado lo que ocurría en Francia” (p. 32).

La constitucionalización-transformación permite explicar la relación entre derecho material y proceso en el marco de la constitución. Son tres, al menos, los indicadores: (a) la institución del proceso se realiza mediante la ley cuyo límite, justamente, es la constitución, (b) las leyes del proceso deben contener los medios –garantías– para acorazar los derechos materiales y, como lógica consecuencia, (c) las estructuras del proceso deben ser las adecuadas para su satisfacción.

Couture (1948) manifestó que “[e]l régimen del proceso lo debe determinar la ley. Ella concede o niega poderes y facultades dentro de las bases establecidas en la Constitución” (p. 21). El proceso –decía– es en sí mismo solo un medio de realización de justicia; además, habló del carácter fundamental a los derechos procesales (Couture, 1948, pp. 23 y 24).

Picó I Junoy (1997) releva no solo el reconocimiento de derechos materiales sino de sus garantías. Así, siguiendo a Fix Zamudio, distingue entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, estos equivalen a los medios procesales para su realización y eficacia (Picó I Junoy, 1997, p. 10).

Comoglio (2016), por su parte, con visión prospectiva advirtió que “(...) se siente más que nunca la necesidad de determinar si y en qué medida los ‘Prozessgrundrechte’ de la Constitución están en condiciones de adecuar las estructuras del proceso ordinario a los principios de justicia que inspiran el sistema constitucional” (p. 36). El rol central y principal de la constitución acarrea una triple alteración de la comprensión del Derecho. Estos conciernen a los campos de la teoría de las normas, la técnica legislativa y la interpretación jurídica (Mitidiero, 2016, p. 187).

En la teoría de las normas, los principios, reglas y postulados son normas; por tanto, aplicables. En la técnica legislativa, el legislador redacta sus proposiciones con la técnica casuística que particulariza los términos al máximo y con la técnica abierta en el que se

emplean conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales. En la interpretación jurídica, la distinción entre texto y norma implica que la actividad jurisdiccional es de reconstrucción del sentido normativo y no solo cognitivista (Mitidiero, 2016, pp. 188-191).

La constitucionalización del ordenamiento jurídico es la premisa fundamental para ingresar al abordaje de todo problema actual. Como se ha visto, no solo es nomenclatura sino que tiene un contenido complejo. En la presente tesis, permite explicar la adecuación del proceso y técnicas procesales al servicio de los derechos supraindividuales materiales del grupo de consumidores² y la actividad de la administración mediante la interpretación y aplicación de las normas.

En el régimen económico de la Constitución peruana, se ubica el artículo 65 el cual prescribe que:

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

El Tribunal Constitucional (Sentencia recaída en el expediente n.º 08-2003-AI/TC) ha explicado la pertinencia de que la norma tuitiva de los consumidores tenga lugar en el régimen económico de la Constitución:

De ahí que el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una Constitución, sea el sometimiento al valor de la justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tuitividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta,

² El profesor Didier (2015) lo dice con determinación y llanura a la vez: “Las transformaciones del derecho positivo también imponen una pausada reflexión sobre el derecho procesal: la expansión de la consensualidad en el ámbito del derecho público, el desarrollo del derecho administrativo sancionador, la proliferación de las leyes que protegen personas vulnerables (niños, ancianos, deficientes físicos, etc.) y el perfeccionamiento de la tutela colectiva de derechos son algunos ejemplos. Ya no es posible repetir, acriticamente, muletillas doctrinarias como «el proceso es de interés público», el proceso no es cosa de partes, el proceso sirve para alcanzar la justicia del caso concreto, etc.” (pp. 69 y 70).

la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia. (Fundamento n.º 8)

Se trata de un principio concreto: La defensa del interés de los consumidores y usuarios como obligación del Estado (Kresalja y Ochoa, 2016, pp. 48 y 49). Las normas del artículo 65 pueden interpretarse como una triple condición: (a) Como una obligación del Estado de defender a sus ciudadanos en su condición de consumidores, (b) como garante de los derechos fundamentales en el sentido de reconocer derechos subjetivos y (c) como garante de desarrollarlos a través de las leyes, como la dación del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Kresalja y Ochoa, 2016, p. 50).

Los derechos materiales de los consumidores se articulan con los principios de la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional (art. 139.3 de la Constitución). Como se analizará más adelante, se habla de una tutela diferenciada –sentido lato– caracterizada de efectividad cuyo sustento es la norma constitucional citada. Así, este tipo de tutela posee los siguientes atributos: (a) ser elemento esencial del ordenamiento jurídico político, (b) ser un derecho subjetivo con fuerza normativa de mayor jerarquía que vincule al Estado y particulares e (c) inspirar la producción, interpretación y aplicación de normas jurídicas (Zela, 2008, p. 44).

2. DERECHO DEL CONSUMIDOR

La siguiente noción de ‘Derecho’ –con inicial mayúscula–, corresponde a su sentido objetivo: Derecho objetivo. En la lengua inglesa no haría falta distinguir en función al sentido objetivo y subjetivo (*infra*) ya que se evidencia una tersa diferenciación entre *law* y *right* (Clavero, 2014, p. 42). Aun así, mediante este sentido, se hace referencia al conjunto de normas sancionadas e institucionalizadas (Barberis, 2015, p. 95).

Hay, fundamentalmente, dos nomenclaturas: ‘Derecho de consumo’ (Paisant, 2011) y ‘Derecho del consumidor’ (Benjamín, 1994; Torres, 2012; Espinoza 2012; Mezzasoma,

2013). No se trata solo del *nomen* en tanto el contenido de cada cual varía. En uno se enfatiza el elemento objetivo del consumo; mientras que, en el otro, el elemento subjetivo del consumidor.

Cuando se utiliza la expresión ‘Derecho de consumo’ se corre el riesgo de la ampliación excesiva del campo de actuación de las normas especiales para incluir entre sus objetivos la tutela del *mercado* como un todo (Benjamín, 1994, p. 90). Así, por ejemplo, la lucha contra los monopolios puede interesar a los consumidores pero no está integrada en el Derecho del consumidor (Benjamín, 1994, p. 90).

Para Contreras (2011), en el Derecho de consumo el paradigma es el área económica mientras que en la protección jurídica del consumidor lo es el Derecho social (p. 404). No obstante, concluye que el Derecho de consumo debe ser armonizado con lo que otras legislaciones entienden por protección jurídica de los consumidores (Contreras, 2011, p. 417).

Se incluye, entonces, otro elemento. No solo se habla de consumidor –a secas– sino de protección jurídica del interés o derechos del consumidor, aunque esta construcción más que significar el *definiendum* puede estar en la *definiens*. Se corresponde más con la expresión del Derecho del consumidor que con la de Derecho de consumo. Así, esta ventaja inclina la preferencia por la nomenclatura del Derecho del consumidor.

Ahora bien, por qué debe de protegerse al consumidor; esto es, por qué debe estatuirse un conjunto de normas sancionadas e institucionalizadas para tal finalidad. Al respecto, la literatura reconoce al consumidor como la parte débil o vulnerable en la relación jurídica de consumo (Torres, 2012, pp. 349-352). Incluso, hay consumidores más vulnerables que otros: niños, adultos mayores, personas con discapacidad, personas de la zona rural o de extrema pobreza; los son, sin duda.

Aquella inequidad inició con la contratación en masa por adhesión donde se estipulaban cláusulas abusivas (Pinto, 2011). Luego, la vulnerabilidad del consumidor también fue tangible en la publicidad engañosa, omisiva y abusiva (Harland, 1994; Delgado, 1994). De forma más significativa se ha llegado a notar con los productos y servicios defectuosos con repercusiones de daños (Parra, 2011).

En la Constitución Política del Perú (1993) se evidencia aquella vulnerabilidad en tanto prescribe la obligación del Estado de prestar defensa al interés del consumidor:

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

En realidad, la vulnerabilidad está en todas partes. Lo está en los productos alimenticios envasados, servicios educativos básicos y superiores, en los productos bancarios, servicios de transporte masivo, etcétera; varios de estos productos o servicios se contratan masivamente a través de la Internet: comercio electrónico. No se puede soslayar que la vulnerabilidad está, incluso, antes de que se perfeccione alguna relación jurídica de consumo, como en los casos de discriminación por raza, idioma o sexo.

Para Benjamín (1994) el contenido del Derecho del consumidor estaría conformado por la coordinación lógica de instituciones que circundan la noción fundamental de ‘relación jurídica de consumo’ (p. 91). Benjamín (1994), en su definición, propone integrar el elemento objetivo (relación jurídica de consumo) y el teleológico-subjetivo (protección al consumidor): “el [D]erecho del consumidor es un conjunto de principios y normas jurídicas que protegen al consumidor en la relación jurídica de consumo (p. 97).

No obstante, la definición dada por Benjamín (1994) no resulta satisfactoria. Como se había señalado, la vulnerabilidad de los consumidores se da, incluso, antes de la perfección de la

relación jurídica de consumo (p. ej. discriminación). Además, si se admite aquella definición se estaría dejando de lado la protección de los derechos supraindividuales, específicamente, los difusos donde no hay relación jurídica sino fáctica (p. ej. publicidad).

Para Espinoza (2012) centrar el Derecho del consumidor en función a la relación de consumo advierte una óptica, netamente, patrimonialista (p. 94). Así, Espinoza (2012) concluye que no es necesario ensanchar el concepto de relación de consumo sino el de consumidor que debe de comprender a aquellas situaciones en las cuales, independientemente de que se concrete o no una relación de consumo, el consumidor está *expuesto* a la relación – consumidor *equiparado* en Brasil y Argentina– (p. 138).

En definitiva, resulta más convincente la tesis de Espinoza (2012) pues lo que determina la protección al consumidor son las normas definitorias del consumidor y las normas de protección contenidas en la ley respectiva. En este sentido, la definición del Derecho del consumidor queda como el conjunto de normas sancionadas e institucionalizadas que protegen al consumidor independientemente de que se concrete la relación jurídica de consumo.

En Perú, aquel conjunto de normas sancionadas e institucionalizadas está, en un primer plano, en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor –en adelante el Código del Consumidor– vigente desde el 2 de octubre de 2010³ y los demás dispositivos legales referentes a la materia. Su antecedente fue el Decreto Legislativo 716 Ley de Protección al Consumidor que estuvo vigente desde el 11 de setiembre de 1991 hasta que llegara el Código del Consumidor.

³ El profesor Alpa (2017), en referencia al “código de los derechos de los consumidores” del ordenamiento jurídico italiano, lo denomina “Códigos de sector” los cuales no son apenas textos únicos sino sistemáticos y actualizadores de la legislación fragmentaria de algunos sectores, adecuándola al régimen comunitario (pp. 63 y 64).

El Código del Consumidor ha sido objeto de innumerables críticas como aquellas que la tacharon de socialista y fascista. El profesor Merino (2016) realiza una crítica a los críticos manifestando que no tiene nada que ver con aquellos fantasmas pues si bien el Código del Consumidor podría ser tachado de tendencia progresista su sustento está en las experiencias jurídicas de países ejemplares a imitar, incluso para los críticos conservadores; además de verse mecanismos de protección de la justicia contractual de Estados Unidos (p. 324).

3. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Este sentido de ‘derecho’ –o en plural, derechos, ambos con inicial minúscula–, corresponde a la del derecho subjetivo. Este hace referencia a situaciones favorables atribuidas a los sujetos por las normas de determinado ordenamiento jurídico: “situaciones favorables simples (micro-derechos), complejas (macro-derechos), o argumentativas (derechos-razones)” (Barberis, 2015, p. 90).

La definición expuesta de Derecho del consumidor y la noción de derechos subjetivos se relacionan. Si el primero es el conjunto de normas sancionadas e institucionalizadas que protegen al consumidor, entonces las situaciones favorables que emanen de aquellas normas tienen como sujeto titular al consumidor (individual) o grupo de consumidores (colectivo y difuso).

Ahora bien, los derechos subjetivos de los consumidores son, también, derechos humanos. Para Pérez (2013), los derechos humanos son categorías históricas que solo pueden predicarse en su contexto y su mutación determina la aparición de sucesivas ‘generaciones’ de derechos (p. 167). De este modo, se habla de tres generaciones de derechos humanos.

En la primera generación, vienen considerados como derechos de defensa –*Abwehrrechte*– de las libertades del individuo contra la injerencia de los poderes públicos. Los derechos, en

la segunda generación, se traducen en derechos de participación –*Teilhaberechte*– que requieren una política activa de los poderes públicos (Pérez, 2013, p. 167).

Para Pérez (2013), los derechos de tercera generación tienen rasgos diferenciales en tanto son colectivos (pp. 175-183). Primero, tienen como principal valor la solidaridad. Segundo, se presenta la aparición de nuevos instrumentos de tutela para garantizar a través del procedimiento un equilibrio de posiciones –*status activus processualis*–. Tercero, tienen nuevas formas de titularidad, como la legitimación de los ciudadanos para la defensa de aquellas agresiones a bienes colectivos o intereses difusos.

Pizzorusso (2001) si bien reconoce que la clasificación generacional de los derechos humanos tiene relieve para la historia de los últimos dos o tres siglos, concluye que no es lo suficientemente precisa para ser utilizada como noción jurídica en los planos legislativo e interpretativo (p. 306). De allí que Pizzorusso (2001) propone referirse a otras clasificaciones y sobre todo recordar los principios de indivisibilidad de los derechos fundamentales y de necesaria justiciabilidad cualquiera sea su contenido (p. 307).

Más allá de ver las disidencias en los planteamientos de Pérez (2013) y Pizzorusso (2001), se pueden extraer notas que se complementan. De este modo, los derechos de tercera generación se caracterizan por ser colectivos, solidarios, necesitan nuevos instrumentos de tutela y tiene nuevas formas de titularidad. Esto no implica, por un lado, renunciar a la indivisibilidad de realizar los demás derechos (de primera y segunda generación) y, por el otro, evidencia la apuesta por la necesaria justiciabilidad.

No hay objeción, según las fuentes citadas, en reconocer que los derechos de los consumidores pertenecen a la tercera generación de aparición según la historia. Los derechos de los consumidores son, por excelencia, colectivos o supraindividuales. Esta afirmación no niega que determinados derechos, según las circunstancias, tengan una repercusión

individual. Tampoco niega que en el caso de la inicial tutela colectiva de los derechos de los consumidores pueda, luego, terminar en una tutela individualizada (p. ej. tutela del derecho colectivo de estudiantes universitarios y posterior tutela por los daños sufridos).

Algunos derechos explícitos se pueden extraer del artículo 65 de la Constitución Política del Perú (1993), como el derecho a la información, a la salud y seguridad:

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

Cuando el Estado asume nuevas preocupaciones sociales y pasa a importar la protección de la posición del consumidor en el mercado, surgen normas que pasan a imponer conductas positivas o negativas para tutelar esas situaciones de derecho sustancial (Marinoni, 2016, p. 346). Estas normas poseen carácter preventivo para los consumidores dentro de la relación jurídica de consumo o expuestos a la relación de consumo.

La concretización de los derechos transindividuales impone al Estado no apenas la realización de determinados derechos sino a darles una efectiva tutela (Marinoni, 2016, p. 296). Así, se habla de prevención, en el plano material, mediante normas regulativas que mandan o prohíben y, en el plano procesal, mediante técnicas procesales adecuadas a la situación material.

Sin ánimo de exhaustividad, en el plano material, los derechos subjetivos de los consumidores descansan en dos pilares fundamentales: deberes de idoneidad e información a cargo del proveedor (Espinoza, 2012, p. 208). Si bien son múltiples las normas regulativas contenidas en el Código del Consumidor, solo se hará una referencia sucinta a los deberes descritos, en los próximos párrafos.

No se puede entrar a detalle acerca de la información como mecanismo de protección a los consumidores sin partir de la premisa de que existe asimetría informativa en el mercado. En la Economía se le denomina ‘información imperfecta’ y es considerada como una falla importante del mercado; la teoría de la mano invisible supone que las empresas y consumidores tienen la información completa de lo que venden y compran, no obstante la realidad se encuentra bastante lejos (Samuelson y Nordhaus, 2010, p. 168).

En el Código del Consumidor, la asimetría informativa es una característica inmanente de la transacción comercial por la cual el proveedor suele tener mayor y mejor información de los productos y servicios ofrecidos a los consumidores en el mercado (art. V.7 Título Preliminar del Código del Consumidor). De allí, la directriz que pretende su *corrección* (art. V.4 Título Preliminar del Código del Consumidor).

Las reglas son múltiples en el Código del Consumidor. Los consumidores tienen derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, además que sea relevante para que tomen una decisión o elección y efectuar su uso o consumo adecuado (art. 1.1 literal c). Más concretamente, el derecho a la exhibición de precios (art. 5), precios en moneda nacional y extranjera (art. 6), información sobre el etiquetado de los productos envasados de alimentos y bebidas (art. 10) y un larguísimo etcétera.

El modo de exteriorizar la información dependerá del tipo de producto o servicio. La Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual –en adelante, la Sala– mediante Resolución n.º 459-2019/SPC-INDECOPI expresó que “Uno de los medios a través del cual los proveedores brindan información a los consumidores es el rotulado, entendido como toda información relativa al producto que se imprime o adhiere a su envase y que se encuentra expresada en términos neutros o meramente descriptivos” (fundamento n.º 42).

De otro lado, la idoneidad está definida (norma constitutiva definitoria) en el Código del Consumidor como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe en función a lo que se le ofreció (art. 18). Se advierte que la idoneidad implica la información; no hay idoneidad sin información previa. Para determinar la idoneidad de un producto o servicio se ha de comparar este con las garantías legales, explícitas e implícitas (art. 20).

La idoneidad no solo es una definición normativa carente de practicidad sino una auténtica norma regulativa como regla de acción. En el Código del Consumidor, se preceptúa la regla de la idoneidad en servicios educativos en la cual el proveedor considere los lineamientos generales del proceso educativo en diversos niveles y asegurándose de la calidad del servicio (art 73).

4. DERECHOS SUPRAININDIVIDUALES

En este trabajo de tesis, se prefiere la nomenclatura macro de *derechos supraindividuales* (Gidi, 2004) sobre la de intereses supraindividuales (Sande, 2018), intereses propiamente grupales (Corominas, 2015) o intereses o derechos difusos –transindividuales– (Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, 2004). No implica que se desconozca la importancia del ‘interés’ sino que esta queda dentro de la nomenclatura macro a utilizar en adelante.⁴ Como consecuencia, se prefiere la clasificación interna de *derecho difuso* y *derecho colectivo* sobre la de interés difuso e interés colectivo.

El derecho es supraindividual porque no es individual, existe como una entidad distinta de cualquier individuo o grupo, trasciende al individuo, no es una colección de derechos

⁴ En contra, se ha dicho, con cita a Bujosa, que el *derecho* tiene un corte individualista y patrimonialista mientras que el *interés* es más flexible, por ello se admite la existencia de intereses legítimos colectivos y no de derechos subjetivos colectivos (Sande, 2018, p. 54). De otro lado, para Didier y Zaneti (2019) el término “intereses” es una expresión equívoca, al menos en el Derecho brasileño tampoco se justifica desde la unidad de la jurisdicción, entre otras razones (pp. 91-97).

individuales (Gidi, 2004, p. 53). Es irrelevante determinar qué individuos pertenecen al grupo. Pertenecen a la comunidad como un todo, tal como la veracidad de anuncios publicitarios, seguridad de los productos o la limpieza del río (Gidi, 2004, p. 53).

En el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004), se le define como “de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base” (art.1, I). Nótese que en esta definición están contenidos tanto el derecho difuso como el colectivo. Ambos son indivisibles y su titular es un grupo, categoría o clase. Cuando el grupo está ligado por circunstancias de hecho, se hace referencia al derecho difuso; y cuando están vinculados entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base, se hace referencia al derecho colectivo.⁵

Para Corominas (2015), el derecho supraindividual –al que ella llama intereses propiamente grupales–, es de imposible individualización (p. 32), de allí que el derecho sea indivisible. El titular del derecho, el grupo o clase, preexiste a la producción de la afectación concreta, por lo cual es una clase potencialmente afectable a partir de determinada conducta que configure un riesgo potencial (Corominas, 2015, p. 35).

El titular del derecho supraindividual es el *grupo* como sujeto de derechos, este grupo está compuesto por los miembros que pueden ser individuos o, a su vez, grupos; no obstante, los miembros del grupo no son titulares de aquel derecho supraindividual sino el grupo como tal (Didier y Zaneti, 2019, p. 48).⁶ Como se verá más adelante, la asociación de

⁵ Algunas precisiones en torno a la naturaleza y otras aristas de los derechos supraindividuales (Aguirrezabal, 2006, pp. 74-83; Sande, 2018, pp. 48-57).

⁶ En disidencia, se ha dicho que “(...) la referencia al grupo evoca una realidad acotada, que a nuestro juicio sería más próxima a los conflictos con afectados determinados y más lejana, sin embargo, a los supuestos de indeterminación de afectados” (Sande, 2018, p. 45).

consumidores no puede afirmar la titularidad del derecho supraindividual pues cuando acude al procedimiento colectivo lo hace en virtud de su legitimidad extraordinaria.

Los derechos supraindividuales se pueden clasificar en dos: derecho difuso y derecho colectivo. En adelante, se ampliarán estas construcciones.

4.1. DERECHO DIFUSO

El derecho difuso “pertenece a un grupo de gente no identificable, sin vínculos previos, que solamente están relacionados entre sí por un acontecimiento específico” (Gidi, 2004, p. 58). Para Priori (s/f), con cita a Montero, el derecho difuso pertenece a un grupo de personas absolutamente indeterminadas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino que se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, como ser consumidores de un mismo producto o ser destinatarios de una campaña de publicidad (p. 100).

El profesor Reggiardo discrepa de la mayoría de académicos respecto de que el derecho difuso pertenece a una cantidad indeterminada de personas (Campos, Cruz y Cornejo, diciembre de 2014, p. 374). Para él, el grupo es completamente determinable, lo que ocurre es que el costo en tiempo y dinero para identificar a cada persona es tan alto que tales actividades no justifican el beneficio; además que la protección de esas personas se puede realizar sin necesidad de identificarlas con nombre propio, de ahí que sea posible evitar el costo (Campos, Cruz y Cornejo, diciembre de 2014, p. 374).⁷

⁷ El profesor Reggiardo ejemplifica que “si se inicia un proceso de protección de derechos difusos para proteger a los consumidores de determinado producto nocivo, es posible hacer una larga investigación para identificar a cada uno de esos consumidores. Pero el costo de tal actividad sería excesivamente alto e innecesario si tomamos en cuenta que se les puede proteger solo con una orden retirando dicho producto del mercado, como resultado del proceso de protección de derechos difusos” (Campos, Cruz y Cornejo, diciembre de 2014, p. 374).

El Grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil (2018)⁸ ha propuesto que los derechos difusos “[s]on aquellos de naturaleza indivisible, de titularidad de un conjunto de personas de difícil individualización y vinculadas por circunstancias de hecho contingentes” (art. 841.1). Se advierte la presencia de los elementos de *indivisibilidad* y que el conjunto de personas estén vinculadas de *hecho*. Pero la atención se sitúa en que se dejó constancia de que el conjunto de personas es de difícil individualización y no de imposible determinación.

En opinión del tesista, el orden también importa para la calificación de si se está ante un derecho difuso distinto al derecho colectivo, esto en función a sus características: principal y derivada. El hecho de que no haya vínculos previos de las personas entre sí o con la parte contraria, es la característica principal. El hecho de que el conjunto de personas resulten indeterminadas o –como se ha señalado– de difícil determinación práctica, es la característica derivada justamente por la ausencia de vínculos jurídicos previos.

Para Priori (2016), los derechos de los consumidores son derechos difusos de forma excepcional (p. 503). Únicamente se refieren a la publicidad⁹ o a la salud; en el primero, está destinada a una serie de personas cuyo alcance es imposible de establecer y el bien es la información; en el segundo, un producto defectuoso puesto en el mercado pero no adquirido por ningún consumidor, pone en riesgo la salud de un conjunto indeterminado de personas (Priori, 2016, p. 503).

⁸ A pesar de que los derechos supraindividuales son tópicos propios del Derecho material y no procesal, su inclusión en el proyecto de reforma del Código procesal civil se justifica por la premisa de su artículo 841 en tanto se expresa que “El proceso colectivo tutela: (...) 1. Derechos difusos (...)”.

⁹ Respecto de la publicidad engañosa, se aclara que “la ‘conexión’ con la parte contraria también ocurre, sólo que es en razón de la lesión y no del vínculo precedente, lo que la constituye como derecho difuso y no colectivo *stricto sensu* (propiamente dicho)” (Didier y Zaneti, 2019, p. 99).

En el Código del Consumidor, se define como interés difuso de los consumidores lo siguiente: “Son acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados” (art. 128 literal b). Una observación de entrada es el equívoco de equiparar el interés o derecho difuso con las acciones para su defensa. Así también, connota la ausencia del elemento de indivisibilidad del derecho difuso.

Otro error fundamental es la inclusión de *afectados* en la definición del derecho difuso. Como se ha tenido oportunidad de expresar, el derecho difuso, en tanto supraindividual, preexiste a la producción de la afectación. Basta la potencialidad de afectación, no hay afectados necesariamente. La afectación de origen común –entendida como daño– es un elemento propio de los derechos individuales homogéneos pero no del derecho difuso.

4.2. DERECHO COLECTIVO

En el derecho colectivo “los miembros del grupo (...) están ligados unos a otros, o a la contraparte, por una relación jurídica previa” lo cual hace que la pertenencia sea más definida (Gidi, 2004, p. 59). Para Ramírez (2008), el derecho colectivo pertenece a un número indeterminado pero determinable de personas entre los que existe una relación jurídica de base, entre sí o con la parte contraria, relación que debe ser anterior al daño (p. 269).

Nuevamente, el orden implica la calificación de si se está ante un derecho colectivo distinto al derecho difuso, esto en función a sus características: principal y derivada. La existencia de vínculos jurídicos previos –entre los miembros del grupo o con parte contraria–, es la característica principal. La determinación o determinabilidad de los miembros del grupo, es la característica derivada justamente porque está condicionada a la existencia de los vínculos jurídicos previos.

El Grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil (2018) ha propuesto que los derechos colectivos “[s]on aquellos de naturaleza indivisible, de titularidad de un grupo, categoría o colectividad de personas vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común” (art. 841.2). Se advierte la presencia de los elementos imprescindibles de *indivisibilidad*,¹⁰ la titularidad del derecho es el grupo y un vínculo *jurídico previo* entre sí o con la parte contraria. No fue necesario la inclusión de la *determinación* ya que esta se deriva (característica derivada).

En el Código del Consumidor, se define como interés colectivo de los consumidores lo siguiente: “Son acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores que se encuentren ligados con un proveedor y que pueden ser agrupados dentro de un mismo grupo o clase” (art. 128 literal a). La misma observación, de entrada, es el equívoco de equiparar el interés o derecho colectivo con las acciones para su defensa.¹¹ Así también, connota la ausencia del elemento de indivisibilidad del derecho colectivo.

Otro error fundamental en el texto legal es la inclusión de *derechos comunes*. Como también se ha tenido oportunidad de expresar, el derecho colectivo, en tanto supraindividual, no es una colección de derechos; por ello no puede evocar la reunión de derechos. El derecho colectivo es indivisible. Ni siquiera los miembros del grupo son sus titulares sino el grupo

¹⁰ “El bien jurídico tutelado es relativamente indivisible, pues los miembros de la colectividad pueden ser identificables” (Ramírez, 2008, p. 269). Aquí, se confunde al titular del derecho colectivo, los miembros del grupo no son los titulares sino el grupo como tal.

¹¹ “Nótese el modo de definir: ‘El interés colectivo (...) son acciones que se promueven (...)’. Además del defecto de concordancia sintáctica entre un sustantivo singular y un verbo en plural, existe un grave defecto jurídico en definir a un ‘interés’ como una ‘acción’. Mucho se ha escrito sobre la acción en la historia del Derecho Procesal e incurrir en una confusión como la citada en pleno siglo XXI, además de provocar una vergüenza cada vez que toca referir la norma en eventos académicos, genera una inconsistente regulación que no hace sino restar efectividad a la protección de los derechos de los consumidores” (Priori, 2016, p. 505).

como tal. Los derechos comunes evoca más la noción de los derechos individuales homogéneos que se analizará en el siguiente apartado.

Tabla 1

Las características de los dos tipos de derechos supraindividuales

Derechos supraindividuales	Característica común	Característica principal: Titularidad y vinculación	Característica derivada: Determinación de las personas
Derecho difuso		Conjunto de personas vinculadas por circunstancias de hecho contingentes	Difícil determinación o individualización
Derecho colectivo	Derecho indivisible	Grupo de personas con vinculación jurídica entre sí o con la parte contraria	Determinados o determinables

5. DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS

En este trabajo de tesis, se prefiere la nomenclatura de *derechos individuales homogéneos* (Gidi, 2004) sobre la de intereses individuales homogéneos (Sande, 2018), intereses pluriindividuales homogéneos (Corominas, 2015) o intereses o derechos individuales homogéneos (Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, 2004). No implica que se desconozca la importancia del ‘interés’ sino que este queda incluido dentro de la nomenclatura a utilizar en adelante.

Los derechos individuales homogéneos son los mismos derechos individuales o conocidos en la tradición civil como ‘derechos subjetivos’. No obstante, la novedad consiste en la creación de un nuevo instrumento procesal para su tratamiento, en una sola acción, p. ej., la

acción colectiva por daños individuales –*class actions for damages*– (Gidi, 2004, p. 61). De aquí fluye la tesis de que los derechos individuales homogéneos son una categoría puramente procesal.

Los derechos individuales homogéneos son derechos de origen común. Los derechos y pretensiones continúan siendo una colección de derechos individuales separados. El ‘origen común’ implica que tienen la misma o semejante *causa de pedir*; asimismo, no implica que el acontecimiento haya ocurrido en un mismo tiempo determinado en tanto pueden ser hechos dispersos en tiempo y espacio, lo que importa es la relación estrecha para su consideración única (Gidi, 2004, p. 62).

La nota definitoria de los derechos individuales homogéneos es la existencia de la afectación del grupo, por lo cual es una clase *necesariamente afectada* (Corominas, 2015, p. 73). Más adelante se hablará de su tutela; no obstante, se precisa que por la necesaria afectación no cabe una tutela preventiva sino exclusivamente la tutela como respuesta a la producción del daño (Corominas, 2015, p. 74).

Así, los daños masivos pueden ser de dos tipos (Corominas, 2015, pp. 76 y ss.). El primero, es el daño que deriva de una infracción de normas imperativas; este afecta al mismo tiempo los derechos supraindividuales y los derechos individuales homogéneos. El segundo, es el daño que deriva de un acto que si bien no es contrario a normas imperativas ha provocado una afectación; este, únicamente, afecta los derechos individuales homogéneos.

Se advierte el tránsito que va desde un derecho supraindividual –difuso o colectivo– hasta los derechos individuales homogéneos en el contexto del proceso (pedido y causa petendi). Por ejemplo, en un proceso, el pedido tiene como objeto sustancial el *derecho difuso* de la veracidad de la publicidad y como objeto procesal la orden de cese de la difusión del anuncio

o su corrección. Sin embargo, de la difusión del anuncio engañoso o erróneo pueden derivarse daños individuales, los cuales serían *derechos individuales homogéneos*.

En el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, se le define como el “conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase” (art. 1, II). Se advierte el elemento material de la *divisibilidad* de los derechos en coherencia con la afirmación de que los titulares son los miembros del grupo y no el grupo. Si bien se deja constancia que los derechos provienen de un origen común; no se ha precisado que tal origen es la afectación o daño de los miembros del grupo.

Para el profesor Tam (2008) la tutela de estos derechos resulta más eficaz en el marco de la clásica teoría del proceso en comparación con el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (p. 294). El proceso clásico les otorgaría tutela a través de múltiples procedimientos de conocimiento en los cuales se verifique el origen del daño, daño personal, nexo de causalidad y monto de la indemnización; incluso, el dictado de medidas cautelares dependerá de cada caso concreto (Tam, 2008, p. 294). Los posibles problemas que se puedan presentar por la opción de este proceso clásico no son resueltos tampoco si se opta por el proceso regulado en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (Tam, 2008, pp. 294 y 295).¹²

El Grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil (2018) ha propuesto que los derechos individuales homogéneos “[s]on aquellos que corresponden a personas titulares de derechos individuales similares y cuya afectación deriva de un hecho común” (art. 841.3). En este texto, a pesar de que no se incluyó

¹² Los posibles problemas serían la posibilidad de (i) fallos contradictorios, (ii) carga procesal excesiva y (iii) desincentivo económico de iniciar procesos individuales.

expresamente el elemento de la divisibilidad, se deriva fácilmente en tanto se expresa que la titularidad de los derechos les corresponde a las personas y no al grupo. Es importante además la relación expresa entre afectación y el hecho común (origen).

En el Código del Consumidor, el legislador no estableció la norma definitoria o constitutiva de los derechos individuales homogéneos, ni de su tutela procesal. Sin embargo, como quedó anotado, la inclusión de la característica de *derechos comunes* en la definición del interés o derecho supraindividual (colectivo *strictu sensu*) del artículo 128 literal a. del Código del Consumidor, denota un enredo mayor: Incluir una característica propia de los derechos individuales homogéneos en donde no corresponde. Más allá de esta imprecisión que sí tiene repercusiones prácticas, se puede concluir que la omisión en la ley no determina, en absoluto, que el fenómeno no se presente.

6. RELACIÓN JURÍDICA SUPRAINDIVIDUAL Y ACTO ILÍCITO

Los sujetos son “*titulares* de determinados derechos y deberes que le son adscritos en abstracto, así como sujetos que los *ejercitan* en concreto (los ponen en práctica: los generan, modifican, transmiten, etc.)” (Vega, 2015, p. 114). Presupone la capacidad jurídica para ser titular derechos y deberes, así como la capacidad de obrar para su respectivo ejercicio.

El vínculo es el nexo establecido entre los sujetos de la relación jurídica; por la pluralidad, pueden ser relaciones jurídicas simples o complejas. La posición jurídica es la situación que ocupa cada sujeto bien como sujeto activo (titular del derecho) o pasivo (titular del deber). El objeto es aquella materia sobre la que recaen los derechos y obligaciones: los bienes o cosas –relación jurídica real– y acciones o conductas –relación jurídica personal– (Vega, 2015, pp. 114-121).

El grupo de consumidores y el proveedor son los sujetos de la relación jurídica de consumo. Ellos establecen no un vínculo sino distintos dependiendo de las normas jurídicas, de la

cuales resultan las diversas posiciones jurídicas; generalmente, el grupo de consumidores como sujeto activo titular de derechos supraindividuales y el proveedor como sujeto pasivo del deber. El objeto de la relación jurídica de consumo pueden ser tanto bienes como acciones de hacer o no hacer.

El análisis de la relación jurídica y posiciones de los sujetos depende sobre todo de las normas regulativas pero, también, de las constitutivas. Las normas regulativas prescriben las acciones de los sujetos dentro de la relación jurídica mediante las tres modalidades deónticas básicas: obligación, prohibición y permisión (Vega, 2015, pp. 116 y ss.). Las constitutivas confieren poderes, crean instituciones y definen (Pérez, 2015, pp. 27 y ss.).

Ahora bien, el proveedor puede incumplir los mandatos –obligaciones– y prohibiciones mediante omisiones y acciones respectivamente, los cuales dan lugar al acto ilícito. Para Cavani (febrero de 2014) el acto ilícito es simplemente el acto contrario a derecho (p. 177). En este sentido, el ilícito está asociado a la existencia de normas que, según las distintas tradiciones jurídicas teóricas, se acentúa en la idea de violación de una norma de deber o como condición de la sanción (Roca, 2015, p. 85).¹³

Luego, es fundamental distinguir entre el acto ilícito y el daño; no todo acto ilícito implica daño. Perfectamente, puede verificarse un acto ilícito sin ningún daño; sin embargo, merecedor de tutela. Para Marinoni (2016), “el daño es un requisito indispensable para el surgimiento de la obligación de resarcir, pero no para la constitución del ilícito” (p. 347). Esta distinción permitirá abordar el tipo de tutela adecuada ya no con el objetivo del resarcimiento por el hecho dañoso sino de prevención.

¹³ En el postpositivismo, se distingue entre ilícitos típicos –actos contrarios a las normas regulativas de mandato– e ilícitos atípicos –conductas contrarias a principios de mandato– (Roca, 2015, p. 95).

La confusión entre acto ilícito y daño se debió al dogma de origen romano de que la tutela resarcitoria es la única forma de tutela contra el ilícito; así, en el Derecho liberal clásico, el valor de la lesión era pasible de valoración en dinero mediante el resarcimiento (Marinoni, 2016, p. 338). No hay duda de que el resarcimiento en metálico, como forma de tutela de los derechos, no está de acuerdo con los valores del Estado constitucional. El deber estatal exige preocupación de los derechos fundamentales, con la tutela de la integridad del derecho del consumidor, a la salud, a la educación, etc. (Marinoni, 2017, p. 23).

La confusión también fue, en gran medida, porque la responsabilidad civil también fue identificada con la culpa: Solo hay culpa donde hay daño, entonces el acto ilícito pasa a formar parte del daño (Cavani, febrero de 2014, p. 177). Esto, sin embargo, es un grave equívoco, así para Trimarchi, antes de que el acto ilícito sea configurado, el Derecho opera con la sanción a modo de amenaza frenando el comportamiento prohibido y con medidas inmediatas orientadas a impedir la lesión (Cavani, febrero de 2014, p. 177).

Identificar el acto ilícito con el hecho dañoso no es apenas un error sino la asunción de que al Derecho lo único que le importa es la producción del daño para así entrar a tallar. De aquí que la distinción sea fundamental para la comprensión del tipo de tutela de los derechos supraindividuales que se estudiará en los apartados siguientes.

En el Código del Consumidor, se ha regulado una definición general –si bien no del acto ilícito en sí mismo pero sí– de *infracciones administrativas*: “Constituye infracción administrativa la conducta del proveedor que transgrede las disposiciones del presente Código, tanto si ello implica violar los derechos reconocidos a los consumidores como incumplir las obligaciones que estas normas imponen a los proveedores” (art. 108).

Según el texto legal, un tipo de acto ilícito consiste en que el proveedor incumpla las obligaciones jurídicas impuestas por el Código del Consumidor. Se debe recordar que el

Código del Consumidor contiene normas de protección, esto es, normas que *per se* implican una tutela de Derecho material.¹⁴ Si el proveedor incumple sus obligaciones jurídicas constituye un acto ilícito; por lo cual, es suficiente para que el legitimado accione solicitando tutela en el procedimiento. Y, como se advierte, en ninguna parte se le exige la alegación o demostración del elemento del daño para accionar o denunciar.

En el mismo texto legal, otro tipo de acto ilícito consiste en la violación de derechos –supraindividuales– del grupo de consumidores. En opinión del tesista, no debe entenderse *violación* como equivalente a daño, al menos no necesariamente. Por ejemplo, un proveedor viola el derecho a la información cuando denomina un producto cárnico presentándolo como de carne exclusiva de bovino cuando en realidad contiene otras especies, además de venderlo a un grupo de consumidores. Sin embargo, esta información errónea no conduce necesariamente al daño de tal grupo.

En el sentido del párrafo anterior, la violación de derechos –supraindividuales– reconocidos de los consumidores, debe interpretarse *prima facie* también como un incumplimiento normativo por parte del proveedor pero al menos con un grupo de consumidores potencialmente afectados (expuestos al daño). Lo relevante es que en este tipo de acto ilícito, tampoco se exige al legitimado la alegación o demostración del daño para accionar. En todo caso, si por la información errónea resultaran individuos dañados, la acción ya no sería en legitimación del grupo de consumidores sino de derechos individuales homogéneos, cuya tutela no sería preventiva o de remoción sino de resarcimiento.

Si bien el daño es una consecuencia contingente –y no necesaria– del acto ilícito, puede ocurrir que un acto ilícito termine ocasionando un daño a los consumidores ya

¹⁴ “El Estado tiene el deber de proteger los derechos fundamentales, entre otras maneras mediante la creación de normas de protección. Por ello, dicta normas que prohíben o exigen conductas para tutelar el medio ambiente o a los consumidores, por ejemplo” (Marinoni, 2017, p. 33).

individualizados. Esto, en tiempos sucesivos imperceptibles. En esta hipótesis, ya no se trataría de un derecho supraindividual –difuso o colectivo– hecho valer en el procedimiento sino de derechos individuales homogéneos de origen común –hecho dañoso– cuyo objeto procesal sería el mandato de la autoridad para el resarcimiento según las particularidades de cada caso.

En el Código del Consumidor, se instituye la vía jurisdiccional –y no la administrativa– para el resarcimiento o indemnización por los daños ocasionados (art. 100). Esto no es del todo pacífico pues los consumidores, en sede administrativa, pueden solicitar las medidas correctivas reparadoras contenidas en el artículo 115.1 del Código del Consumidor. Estas medidas tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor a su estado anterior, equivalente al resarcimiento por daño emergente, tanto así que son deducibles en caso de una futura indemnización judicial (art. 115.7).

7. MODALIDADES DE ACCIÓN U OMISIÓN ILÍCITAS

Como se adelantó, ambos tipos de actos ilícitos –incumplimiento y violación– pueden ser por acción u omisión, según se trate de una prohibición o mandato respectivamente.

Previamente, se sigue la distinción entre (a) hechos o acciones *naturales* y (b) hechos o acciones *institucionales*, desde la perspectiva de las normas (González, 2015, pp. 66 y 67).

La existencia de los primeros no depende de ninguna norma. En cambio, la existencia de los segundos depende de una norma o más (sea principio o regla); a estas *normas* se les denomina *constitutivas*.¹⁵

¹⁵ “Los filósofos suelen hablar de clases naturales, refiriéndose a cosas que son fundamentalmente diferentes unas de otras en su naturaleza y no como cuestión de una categorización u ordenamiento hechos por el hombre. Las cebras son diferentes de las rocas no solo porque los humanos han decidido que lo sean, sino porque son de diferente naturaleza. Lo que hace a una cebra ser una cebra y a una roca ser una roca no es producto de la decisión de los seres humanos o de sus instituciones, sino del diseño natural del universo. Pero aún con respecto

Es útil una ulterior distinción: hechos y acciones *típicas* en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Así, Nieto (2012) manifiesta que “lo más importante, y por donde en todo caso hay que comenzar, es la determinación de si concurren uno o varios hechos en la acción imputada” (p. 488). La respuesta no es única:

(...) De acuerdo con un primer criterio, el hecho se califica por su percepción física o natural: es un hecho único el que responde a un solo acto de voluntad y como tal se realiza en la vida y se percibe por el sujeto y los terceros (...) Pero también cabe utilizar un segundo criterio, que es cabalmente el hoy dominante: lo que califica los hechos, como unidad o pluralidad, no es la naturaleza de la percepción natural del observador y ni siquiera la voluntad del actuante, sino el legislador (...) Y la norma tiene poder para, a efectos sancionadores, reunir varios hechos (naturales) en una sola acción típica o, a la inversa, descomponer un solo hecho natural en varias acciones típicas. (Nieto, 2012, p. 489)

La *acción*, por un lado, tiene los siguientes elementos: (a) una secuencia de movimientos corporales, (b) una serie de cambios o efectos en el mundo, (c) una conexión entre movimientos corporales y tales cambios –y entre los cambios–, (d) una intención y (e) una interpretación o significado (González, 2015, pp. 71-74). La *omisión*, por otro lado, se caracteriza porque no tiene movimiento corporal, sí genera cambios, sí existe conexión causal en la noción de causa distinta del contexto causal, puede ser el contenido de una intención y también está sujeta a interpretación y valoraciones (González, 2015, pp. 76-79).

a las clases naturales, el derecho tiene sus propios fines y valores y, por eso, podría elegir tratar a cosas que son naturalmente diferentes como similares, como cuando aplica la mismas reglas de responsabilidad por el producto a las ventas de árboles frutales y a las de agua embotellada, y el hecho de que podría emplearse la misma regla de responsabilidad por el producto con respecto a ambas es independiente del hecho de que los árboles frutales y el agua integren diferentes clases naturales. De manera inversa, el derecho puede tener reglas diferentes para cosas que son naturalmente similares. El diamante que compro es (usualmente) mío a los ojos del derecho, pero el diamante que robo (usualmente) no lo es, y eso es así aun cuando el diamante que compro y el que robo son natural y prejuristicamente semejantes.” (Schauer 2013, p. 62).

Luego, tanto la acción como la omisión pueden presentar distintas modalidades ilícitas en el tiempo. Se ha considerado la clasificación de Baca (2011, pp. 268-269) pero adecuándolo a nuestras premisas:¹⁶

- (i) Acción instantánea: El acto ilícito ocurre en un momento determinado.
- (ii) Acción instantánea con efectos permanentes: El acto ilícito ocurre en un momento determinado pero produce un estado de cosas contrario al ordenamiento jurídico cuyos efectos permanecen en el tiempo.
- (iii) Acción permanente: El acto ilícito se mantiene en el tiempo, no son los efectos que permanecen sino el acto mismo.
- (iv) Acción continuada: Diversos actos, cada uno de los cuales constituye por separado un acto ilícito, pero que se consideran como único acto ilícito, siempre y cuando formen parte de un proceso unitario.
- (v) Acción compleja: Se consuma el acto ilícito cuando se han realizado todas las acciones en distintas etapas según lo previsto en el supuesto normativo.
- (vi) Omisión: A diferencia de las anteriores, la omisión parece modularse únicamente con la característica de permanencia hasta que el obligado decida ejecutar el mandato normativo; en este sentido, sería tautológico denominarla como omisión permanente.

Nieto (2012), aludiendo a un reglamento español, expresa su asombro porque no se había incorporado la figura de la *infracción masa*, tan comunes en el Derecho administrativo

¹⁶ Esta clasificación difiere de la contenida en el Código del Consumidor que, en el contexto del cómputo del plazo de prescripción (art. 121 del Código), hace referencia únicamente a dos modalidades: instantánea y permanente. Peor aún, en el Código del Consumidor, se le denomina *infracción continuada* a la que por definición, en esta tesis, se le ha denominado como *permanente*.

sancionador, en materias de industria alimentaria y, en general, protección a consumidores y usuarios (p. 492).

8. TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES

8.1 PRIMER ACERCAMIENTO

En 1973, el profesor italiano Proto, después de cotejar las estadísticas del año 1970, revelaba que un ciudadano de su país podía pasar entre cinco a seis años para obtener sentencia ejecutiva (Proto, 2014, pp. 78-80). Decía que la tutela jurisdiccional garantizada por el artículo 24.1 de la Constitución italiana o es efectiva o no es tutela jurisdiccional. El proceso –decía– termina en una negación sustancial de justicia.

Proto se refería al proceso laboral sin excluir el proceso civil. Su análisis fue novedoso porque partió de la relación entre el derecho material y proceso. Entonces, criticaba el establecimiento del proceso cognitivo como la única forma de tutela jurisdiccional para situaciones tan diversas de derecho sustancial sin considerar su contenido ni los sujetos titulares (Proto, 2014, p. 87).¹⁷

No obstante, años después, en 1979, Proto revelaba el alto equívoco de la expresión ‘tutela jurisdiccional diferenciada’ (Proto, 2014, pp. 198 y ss.).¹⁸ En la acepción que él da por correcta se refiere a la teorización de las formas típicas de tutela sumaria, esto es, “de

¹⁷ Concluyó que “en opinión de la Corte Constitucional las relaciones entre derecho sustancial y proceso no deben ser entendidas en el sentido formalista, según el cual el legislador debe disponer una única forma de tutela jurisdiccional c. d. ordinaria (...) [sino] puede y debe diferenciarse en consideración de las características de cada situación sustancial, a fin de disponer de procedimientos técnicamente adecuados a las necesidades especiales de tutela” (Proto, 2014, p. 93).

¹⁸ “La expresión tutela jurisdiccional diferenciada es una expresión altamente equívoca. Entendida, literalmente, significa que a necesidades diversas de tutela deben corresponder formas diversas de tutela: de esta obviedad nadie ha dudado (...) El equívoco de fondo, que en mi opinión se anida detrás de un uso indiscriminado de la expresión tutela jurisdiccional diferenciada, es el siguiente: *una cosa* es la tutela jurisdiccional diferenciada, donde con tales términos se entienda la predisposición de varios procedimientos de cognición plena y exhaustiva, alguno de los cuales modelados sobre la particularidad de singulares categorías de situaciones sustanciales controvertidas; y, *otra cosa* es la tutela jurisdiccional diferenciada, donde con tal término se entienda la predisposición de formas típicas de tutela sumaria (cautelar o sumaria *tout court*) (Proto, 2014, pp. 198 y ss.).

individualizar a los sujetos reales y a las situaciones sustanciales que puedan usufruir (sic) de tales formas de tutela sumaria típicas para situaciones sustanciales diversas” (Proto, 2014, p. 192).

El recurso a la tutela sumaria se justifica y no constituye un privilegio cuando (Proto, 2014, p. 192 y ss.):

- (i) La tutela sumaria sea dirigida a evitar el costo del proceso de cognición plena, cuando se constate la falta de voluntad del obligado para contestar.
- (ii) La tutela sumaria sea dirigida a evitar que el demandado abuse del derecho de defensa.
- (iii) La tutela sea dirigida a garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional de situaciones de contenido no patrimonial que sufrirán perjuicio irreparable hasta la emanación de sentencia.

8.2 RELACIÓN ENTRE EL DERECHO MATERIAL Y DERECHO PROCESAL

Es un equívoco limitar la tutela, únicamente, como aquel mecanismo público de las instancias judiciales o administrativas. La tutela otorgada a los sujetos de derechos se da tanto en el ámbito del Derecho material como en el del Derecho procesal.

Las distintas normas de Derecho material –como las contenidas en el Código del Consumidor– que reconocen derechos subjetivos y supraindividuales son expresión genuina de la tutela en el ámbito del Derecho material. Son normas de *protección* material por las cuales el Estado busca la tutela de derechos fundamentales a través de la imposición y prohibición de determinados actos.¹⁹

¹⁹ “El Estado tiene el deber de proteger los derechos fundamentales, entre otras maneras mediante la creación de normas de protección” (Marinoni, 2017, p. 33).

Para Priori (2017), el primer medio de tutela es la autodefensa o autotutela –como medio de realización de los remedios–, el cual supone que el titular del derecho hace uso del remedio previsto en la norma jurídica sin intervención de un tercero (p. 119). Muchas veces se asocia este medio de actuación de los remedios con la violencia; sin embargo, en la mayoría de supuestos, la autotutela es la sola declaración de voluntad del sujeto que produce efectos en el ordenamiento jurídico: derecho de retención, resolución del contrato, excepción de incumplimiento o caducidad del plazo (Priori, 2017, p. 119).

La tutela que se ofrece a través de las normas de Derecho procesal, tiene un carácter instrumental respecto de las normas de Derecho material.²⁰ Esta premisa evidencia la necesaria vinculación de las distintas técnicas y normas procesales con los derechos materiales para la cabal comprensión de la tutela.

La interrelación, incluso, es más que instrumental.²¹ La necesidad de un procedimiento abierto a la participación y estructurado de forma idónea, exige del Estado una serie de prestaciones como procedimientos y técnicas procesales idóneas a las variadas situaciones de derecho sustancial y una jurisdicción que comprenda las normas procesales y la función del proceso (Pérez, 2017, p.75). Así, el procedimiento –el proceso judicial– deja de ser un instrumento técnico de contingencia para convertirse en necesario y en comunicación acústica necesaria con el derecho sustantivo (Pérez, 2017, p. 76).

²⁰ Esto es evidente desde que una determinada norma de Derecho procesal, como la contenida en el artículo 163 del Código procesal civil italiano que señala el inicio proceso exige “la indicación específica de los hechos y de los elementos de derecho que constituyen las razones de la demanda” (Taruffo, 2017, pp. 13 y 14).

²¹ “Pero el proceso, valga la salvedad, no es *meramente* instrumental (aquí está el límite de la concepción instrumentalista del proceso, tal como fue concebida a mediados del siglo pasado), pues revela un valor propio, al establecer, como ya se destacó, las formas, inclusive las formas de tutela, por medio de las cuales se puede tornar efectivo el derecho material” (Oliveira, 2008, p. 156).

Morello (1999) también destacaba el esfuerzo de la adaptación del Derecho procesal. Les llama mudanzas:

- (i) Reconstrucción dogmática de su núcleo científico persiguiendo el necesario ensamblaje del derecho sustancial con el procesal, con respuestas útiles.
- (ii) Simplificación de las formas del trámite judicial a nivel colectivo, p. ej. notificaciones, alcances de la cosa juzgada, cautela material, prueba científica, inversión de la carga probatoria.
- (iii) Activismo del juez y las garantías.
- (iv) El desplazamiento de la tutela patrimonial egoísta a una tutela social, incluso transnacional.
- (v) La presencia de los “conceptos jurídicos indeterminados” que se llenan con criterios nada rígidos y bajo el “control de razonabilidad”.
- (vi) El forcejeo de imponer el *certiorari* negativo dejando a las cortes la libertad discrecional de seleccionar asuntos trascendentes (pp. 69-71).

8.3 TUTELAS MATERIALES PREVENTIVAS: INHIBITORIA Y REMOCIÓN DEL ILÍCITO

En esta tesis, el abordaje de la tutela diferenciada tiene un enfoque que sirva (utilidad) estrictamente para los derechos supraindividuales (desarrollados *supra*).²² Según este

²² En la tutela del interés difuso, Morello (1999) intentaba enhebrar algunos hitos desde 1977 de índole general, sociológica y contextual. Así, destaca (i) El alumbramiento del “Movimiento por el Acceso a la Justicia” de Mauro Cappelletti en 1978, (ii) el reconocimiento de la sociedad y el ambiente como sujetos de derecho y la reconsideración estimativa de la persona y entidades, en la plenitud solidaria, (iii) el fenómeno de la descodificación; (iv) el abordaje multidisciplinario de las áreas jurídicas; (v) los retos de la democracia respecto de las “desigualdades inaceptables” como la desocupación, pobreza, trabajo de minorías y mujeres; (vi) el impacto en los operadores jurídicos de los asuntos de alta complejidad, e (vii) influencia directa de lo transnacional sobre lo doméstico como el Derecho comunitario (Morello, 1999, pp. 61-63).

enfoque, la tutela más adecuada para los derechos supraindividuales, por el contenido, es la tutela específica (y no resarcitoria). Así también, por la oportunidad –tiempo– en que actúa, la más adecuada es la tutela preventiva (y no la tutela final). Ambas tutelas delimitadas – específica y preventiva– caminan juntas como se verá en los siguientes párrafos.

Respecto de su contenido, el profesor Marinoni habla de tutela *específica*. La protección o tutela específica del derecho material se ocupa de la integridad del derecho, no busca dar al perjudicado su equivalente monetario (Marinoni, 2017, p. 21). En cambio, la tutela resarcitoria por equivalente protege el derecho mediante la entrega del equivalente del valor del daño propia de un Estado protector del mercado y no de ciudadanos (Marinoni, 2017, p. 22).²³

La tutela diferenciada (preventiva) debe ser excepcional y restringida para derechos de carácter infungible, de contenido no patrimonial, no equivalente en indemnización dado que su violación implica su inexistencia (Sumaria, 2013, p. 227). El Estado constitucional, al afirmar los derechos fundamentales, exige su protección a través de normas de protección y de tutela jurisdiccional dirigida a impedir su violación (Sumaria, 2013, p. 228).

Respecto de la oportunidad en que actúa, la tutela preventiva “está directamente relacionada con la prevención de los daños y no con la prevención de cualquier tipo de conflictos jurídicos” (Zela, 2008, p. 45).²⁴ Así, “está relacionada con la llamada *crisis de cooperación*; y la palabra ‘cooperación’ se refiere a un comportamiento, a una prestación o, si se quiere,

²³ “No toda tutela prestada en dinero es tutela por equivalente. Cuando alguien se obliga a pagar una suma de dinero, la tutela que reconoce una cuantía en metálico a otro sujeto del contrato obviamente no es tutela por equivalente, sino tutela del cumplimiento en forma específica” (Marinoni, 2017, p. 38).

²⁴ En cambio, Hurtado (2006) tiene una concepción más amplia pues para él la tutela diferenciada preventiva se muestra como un instrumento idóneo para que el Estado, a través de los jueces, ejerzan prevención de conflictos, especialmente, en el aspecto de derechos de daños a personas, derechos del consumidor, a prevenir situaciones obstructivas en el proceso y, en general, prevenir la vulneración de derechos o la repetición de esta vulneración (p. 130).

a una obligación que ya ha sido incumplida, pero que aún no ocasiona un daño” (Zela, 2008, p. 47).

La tutela preventiva tiene dos modalidades: La tutela inhibitoria y la tutela de remoción del ilícito. La primera está “destinado a impedir la práctica, la repetición o la continuación de un ilícito” (Marinoni, 2008, pp. 30 y 31). La segunda “se dirige a remover los efectos de una acción ilícita que ya ocurrió” (Marinoni, 2008, p. 54).

La tutela inhibitoria, en una de sus modalidades, está referida a la acción ilícita continuada y no al ilícito cuyos efectos perduran en el tiempo. Ejemplificando, la producción de humo contaminado es un acto ilícito continuado; por lo cual, se ha de emplear la tutela inhibitoria para impedir la continuación del acto. En cambio, la expulsión de un desperdicio tóxico en un local constituye un acto ilícito de efectos continuados [permanentes]; por lo cual, se ha de emplear la tutela de remoción del único acto ilícito para que cesen sus efectos (Marinoni, 2008, p. 43).

Tabla 2

Tipos de tutelas materiales preventivas y modalidades de la acción y omisión ilícitas

Tutelas materiales preventivas	Objeto	Tiempo de los hechos		
		Pasado	Presente	Futuro
Tutela inhibitoria	Impedir Práctica			Acción (instantánea, permanente, continuada o instantánea con efectos permanentes) u omisión ilícitas

		Repetición	Acción (instantánea, permanente cesada, continuada o instantánea con efectos permanentes cesados) u omisión ilícitas	Acción (instantánea, permanente cesada, continuada o instantánea con efectos permanentes cesados) u omisión ilícitas	Acción (instantánea, permanente, continuada o instantánea con efectos permanentes) u omisión ilícitas
		Permanencia	Acción permanente u omisión ilícitas	Acción permanente u omisión ilícitas	Acción permanente u omisión ilícitas
Tutela de remoción	Remover	Efectos	Acción instantánea con efectos permanentes ilícita	Efectos permanentes	Efectos permanentes

La concesión de la tutela diferenciada dependerá de los siguientes requisitos (Sumaria, 2013, pp. 235-242):

- (i) Interés tutelable cierto y manifiesto: Fuerte probabilidad de la existencia del derecho.
- (ii) Necesidad impostergable de tutela: Demostración de una situación urgente (urgencia pura e intrínseca).
- (iii) Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado: La pretensión no debe tener contenido declarativo de derechos sino de cesación destinada a remover o inhibir el acto lesivo.

Es válido precisar que las tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito no son *técnicas procesales* como sí lo son la anticipación de tutela o medida coercitiva (multa y otros). Las tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito –tal como sugiere el título de este apartado– son

tutelas materiales. La relación adecuada es que las técnicas procesales posibilitan las tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito,²⁵ lo que implica reafirmar la instrumentalidad del proceso.

Así también, se debe precisar que las tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito no se pueden confundir con las sentencias. La razón es la misma que ha sido esgrimida en el párrafo anterior: Ambas tutelas son de derecho material mientras que la sentencia es una técnica procesal.²⁶

A propósito de la sentencia, esta técnica procesal emitida como colofón del procedimiento encuentra su lógica y finalidad en otros tipos de tutelas (declarativa, constitutiva, condenatoria, mandamental y ejecutiva *latu sensu*).²⁷ En este sentido, hay un tipo de sentencia por cada tipo de estas tutelas.²⁸ En opinión del tesista, si bien la técnica procesal de la sentencia (o resolución) en la tutela mandamental coadyuva, en alguna medida, con la

²⁵ “los medios ejecutivos, al igual que la técnica de tutela sumaria o de anticipación de la tutela, son instrumentos capaces de posibilitar las tutelas prometidas por el derecho material, entre las que la tutela inhibitoria es tan solo una de ellas” (Marinoni, 2017, p. 25)

²⁶ “La *tutela específica* –por ejemplo, la tutela inhibitoria– no se confunde con la *sentencia* –por ejemplo, la sentencia que ordena no hacer–. La primera es *tutela del derecho* y la segunda, *técnica procesal*” (Marinoni, 2017, p. 31).

²⁷ Oliveira (2008) clasifica cinco formas de tutela jurisdiccional en función a la finalidad y normas que la rigen en el plano del Derecho procesal (pp. 223-226). Así, (i) la tutela declarativa tiene por finalidad certificar la existencia de determinada relación jurídica otorgándole certeza (norma de seguridad), (ii) la tutela constitutiva tiene por finalidad satisfacer los derechos potestativos (norma de seguridad), (iii) la tutela condenatoria tiene por finalidad satisfacer la obligación de pagar (norma de seguridad), (iv) la tutela mandamental tiene por finalidad satisfacer las obligaciones de hacer y no hacer y deberes de abstención (norma de efectividad) y (v) la tutela ejecutiva *latu sensu* tiene por finalidad satisfacer las obligaciones de dar y los deberes de restituir (norma de efectividad).

²⁸ Las sentencias emitidas en procesos de tutela declarativa y constitutiva son autosatisfactivas pues satisfacen por sí mismas la pretensión procesal sin ningún acto material futuro (Oliveira, 2008, p. 227). La emitida en el proceso de tutela condenatoria queda a medio camino pues se crean apenas las condiciones jurídicas para la constitución del título ejecutivo cuya satisfacción ocurre en una fase posterior, en caso no fuese cumplido voluntariamente (Oliveira, 2008, p. 227). Las emitidas en procesos de tutelas mandamental y ejecutiva *latu sensu* se satisfacen en el mismo proceso por medio de actos materiales realizados después de la sentencia (salvo anticipación), son sincréticos pues involucran el conocimiento y realización práctica de lo decidido (Oliveira, 2008, p. 227).

tutela específica y preventiva (inhibitoria y de remoción del ilícito); aquí, nos inclinamos por *otras* técnicas procesales.

Lo que viene –en el apartado siguiente– es relevante porque se desarrollarán las ideas estrictas de cómo determinadas técnicas procesales –anticipación de tutela y medidas coercitivas– coadyuvan para posibilitar las tutelas materiales preventivas de los derechos supraindividuales.

9. TÉCNICAS PROCESALES PARA LA TUTELA PREVENTIVA DE DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES

La premisa del carácter instrumental del ordenamiento jurídico, especialmente, del proceso condiciona la definición de técnica jurídica en el proceso –técnica procesal–. Así, la técnica procesal “apunta al conjunto de los medios y procedimientos para garantizar la realización de las finalidades generales o particulares del derecho” (Oliveira, 2008, p. 133).

El, tantas veces mencionado, derecho de acción “tiene como corolario el derecho a las técnicas procesales adecuadas para la tutela de las varias necesidades del derecho material y la realidad social” (Marinoni, 2017, p. 44). Como ya se había adelantado, entre estas técnicas procesales, están “las distintas sentencias (mandamental, etc.), los diversos medios de ejecución (*astreintes*, etc.) y las técnicas de anticipación de la tutela” (Marinoni, 2017, p. 44). Por las consideraciones expuestas en el apartado precedente, solo abordaremos la anticipación de tutela y medidas coercitivas.

9.1 ANTICIPACIÓN DE TUTELA

9.1.1 DEFINICIÓN Y ALCANCES

De entrada, se debe aceptar que todo procedimiento tiene una duración en el tiempo, lo cual le es inmanente; no hay procedimiento sin duración (fisiológica duración). De esta premisa incuestionable se deriva que el legitimado pueda sufrir una afectación o daño marginal (o

que este permanezca) mientras dure el procedimiento y hasta que obtenga una decisión de la autoridad, incluso hasta su ejecución. Al final, la técnica procesal de anticipación de tutela sería, en analogía, un remedio para esta fisiológica –en algunos casos hasta patológica– duración.²⁹

Un primer tipo de técnica procesal es la *anticipación de tutela* (en esta tesis se utilizará esta nomenclatura, en menor medida ‘técnica anticipatoria’ y se evitará ‘tutela anticipatoria’). Esta “se refiere solamente al momento en que la tutela es prestada y al módulo de cognición vinculado a éste” (Mitidiero, 2016, p. 83). La acción inhibitoria y de remoción del ilícito no pueden prescindir de la técnica anticipatoria (Marinoni, 2008, 71).

Los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (2004) propusieron el paradigmático artículo 5 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica³⁰ con el siguiente texto (pertinente):

Art. 5. Tutela jurisdiccional anticipada.- El juez podrá, a requerimiento de la parte interesada, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación (...).

²⁹ En este sentido, “los posibles daños derivados de la duración o incluso a causa de la duración del proceso a cognición plena son neutralizables a través de la técnica de la *tutela sumaria*, permitiendo que, sobre la base de una determinación sumaria del derecho del actor (del llamado *fumus boni iuris*), sean emanadas providencias sumarias con las cuales: 1) se anticipe la adquisición del material probatorio; 2) se incida sobre la disponibilidad jurídica o material de los bienes objeto de futura y eventual ejecución forzada sobre la base de la sentencia de condena por cognición plena, o se incida sobre la eficacia de actos de los cuales se solicita anulación (o a veces la declaración de ineficacia) con la finalidad de asegurar que el pronunciamiento de anulación (o en general de ineficacia) intervenga – como se suele decir– *re adhuc integra* (...); 3) se anticipe en todo o en parte la satisfacción del derecho” (Proto, 2018, p. 638).

³⁰ Este artículo ha sido justificado en la *efectividad del proceso colectivo* según se lee en su exposición de motivos: “El capítulo II trata de los proveimientos jurisdiccionales que se pueden obtener por el ejercicio de la acción colectiva: es aquí donde el Código se preocupa preeminentemente por la efectividad del proceso colectivo, que debe conducir a una respuesta jurisdiccional realmente capaz de satisfacer los derechos transindividuales violados o amenazados. Se encuentran ahí normas sobre la anticipación de tutela y sobre su posible estabilización (...)” (Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica).

Considerando el texto citado, ¿qué es lo que logra la técnica anticipatoria? Que el juzgador *anticipe los efectos* de la tutela pretendida por el legitimado en su escrito postulatorio (factor tiempo). Luego, es una nota caracterizadora que aquella anticipación se realice en base a la verosimilitud –*rectius*: probabilidad como se verá más adelante– (factor de cognición sumaria, no plena); no obstante, esta segunda característica no siempre es necesaria.

Antes de continuar, no debe confundirse la técnica anticipatoria con las tutelas satisfactiva y cautelar; en otras palabras, no se debe caer en la doble confusión: Técnica de anticipación no es tutela satisfactiva, y técnica de anticipación no es tutela cautelar.³¹ Así,

un día se supuso que todas las decisiones liminares eran cautelares, hoy sin duda es posible afirmar que todas las decisiones liminares son oriundas de la técnica anticipatoria y serán satisfactivas o cautelares conforme al objeto que de ellas se espera frente al derecho material. (Mitidiero, 2016, p. 85)

A pesar de que la técnica de anticipación de ambas tutelas no se deberían confundir con las mismas tutelas a las cuales le es útil, es válida la observación de que en el nuevo tráfico jurídico, p. ej. Derecho de los consumidores, “han surgido nuevas medidas que se caracterizan porque su contenido coincide con la tutela sustantiva que va a pretender el demandante” (Vallespín, 2008, p. 99).³² A partir de esta cita, se ha de evitar más confusiones con el empleo de los términos de ‘medida’ o ‘providencia’ que se refieren a las decisiones del juzgador³³, las cuales tampoco se igualan a la tutela misma (p ej. medida cautelar y

³¹ De forma didáctica, Mitidiero (2016) enseña que la tutela cautelar apenas asegura para que pueda eventualmente ocurrir la satisfacción (hay seguridad-para-ejecución); mientras que la tutela satisfactiva realiza inmediatamente un derecho y en forma anticipada por la urgencia, (hay ejecución-para-seguridad) (pp. 82 y 83).

³² Sin embargo, el autor en cita, enseguida, confunde la técnica de anticipación con la tutela (o medida) cautelar: “En estos casos, la tutela cautelar y la tutela definitiva son prácticamente coincidentes, de modo que la medida cautelar lo que hace es adelantar la definitiva. De ahí, precisamente, que sean conocidas como medidas anticipatorias.” (Vallespín, 2008, pp. 99 y 100).

³³ Proto (2018) alterna en uso los términos de ‘decisión cautelar’ y ‘providencia cautelar’ (pp. 644 y ss.).

providencia satisfactiva no son iguales a tutela cautelar y tutela satisfactiva, respectivamente).

Como la técnica de anticipación de tutela supone una decisión liminar (factor tiempo) basada en el juzgamiento de probabilidad (factor de cognición sumaria), entonces el legitimado la puede solicitar en, por lo menos, los siguientes escenarios: (a) Junto al escrito postulatorio de demanda o denuncia, o (b) después de que el emplazado haya ejercido su derecho de defensa. En el primer escenario, el contradictorio aún no se formó y, en el segundo, aún no se han producido todas las pruebas necesarias. Sin embargo, para Mitidiero (2018), el juzgador debe decidir con base *id quod prima facie justum videtur* (p. 207).

Nada obsta, sin embargo, la posibilidad de que el legitimado y juzgador empleen la técnica anticipatoria en base a cognición (ya no sumaria sino) completa pero no definitiva (Mitidiero, 2018, p. 207). Esto pasa cuando, contrariamente a los escenarios descritos en el párrafo precedente, ya se ha formado el contradictorio y producido todas las pruebas pero aún no alcanza la autoridad de definitiva por estar pendiente el recurso de apelación u otros actos. Específicamente, se puede emplear en el plazo de interposición de los recursos, incluso mientras dure el proceso recursal (segundo grado).

9.1.2 OTRAS EXPLICACIONES

A continuación se esbozará, brevemente, los trabajos pertinentes en el contexto del proceso colectivo, en su mayoría de la doctrina argentina. Se advierte al lector que hallará poco consenso (o nulo) en el empleo de las categorías de técnica anticipatoria, tutela preventiva, tutela satisfactiva, tutela cautelar, etcétera. Por tanto, en esta tesis, nos adherimos al orden expuesto en el apartado precedente, tomado de la doctrina brasileña (Marinoni, Mitidiero, entre otros).

González (2006) parecía distinguir entre medidas cautelares clásicas y tutela anticipatoria en su prospectiva de regulación del proceso colectivo: “a la par de las medidas cautelares clásicas (...) debería contemplarse además a la tutela anticipatoria” (p. 317). Sin embargo, más adelante, afirmaba que la anticipación de la tutela en el proceso colectivo puede considerarse una cautelar innovativa cuya finalidad opera en las hipótesis de urgencia para evitar la consumación del daño colectivo a causa del retardo de la sentencia (p. 318).

Para Camps (2006), la “anticipación de tutela” –en sentido amplio– se puede obtener en forma provisional o definitiva; así, se obtiene la (a) tutela anticipada provisional: cautela material y (b) tutela anticipada definitiva: procesos urgentes (pp. 292 y 293). El proceso colectivo habrá de ser –en sí mismo– un proceso urgente. La sentencia que recaiga aquí satisfará la pretensión de modo anticipado en comparación con lo que habría ocurrido de transitarse un plenario (Camps, 2006, p. 294).

En ese contexto, es posible diferenciar dos momentos sucesivos en el proceso colectivo: (a) el inicio del proceso y (b) la determinación de los daños (Camps, 2006, p. 294). El primero requiere de una medida cautelar *material* consistente en una orden para que de inmediato se actúe o deje de actuar de determinada forma, coincidente con lo fáctico de la pretensión. El segundo requiere de medidas cautelares tradicionales o instrumentales que recaerán sobre bienes de los demandados.

Sanmartino (2007) ha indicado que la doctrina las denomina como “cautela material”, “tutela anticipatoria definitiva” o “tutela autosatisfactiva” (p. 455). Sanmartino (2007) discrepa de la denominación “medidas cautelares autosatisfactivas” en tanto contiene dos objetos antagónicos: Mientras el rasgo de lo cautelar es su instrumentalidad, la tutela autosatisfactiva es autónoma sin depender de un proceso principal (p. 455).

Las pretensiones de tutela autosatisfactiva son postulables solo en condiciones extraordinarias: “cuando esté en gravísimo riesgo de perecimiento alguno de los derechos sustanciales *indisponibles* que conforman el bloque de constitucionalidad (...) y, con arreglo a las circunstancias del caso, resulte impostergable su tutela” (Sanmartino, 2007, p. 460). Así –en referencia a la normatividad argentina–, la tutela autosatisfactiva es una garantía constitucional innominada llamada a proteger los derechos que más íntima e inescindible relación tienen con la dignidad humana (Sanmartino, 2007, p. 470).³⁴

Luego de aquel breve y caótico esbozo, se abordarán las normas constitutivas (presupuestos) para que el legitimado obtenga una decisión, mediante la técnica de anticipación de tutela, de tutelas preventivas (inhibitoria o remoción del ilícito) para derechos supraindividuales. No está demás insistir en que la pretensión, respecto al objeto procesal, debe consistir en pedir al juzgador la orden de cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer emanadas de las leyes tuitivas de los derechos supraindividuales de los consumidores.

9.1.3 PRESUPUESTOS DE LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA

Antes de ingresar, se debe dejar constancia de que las normas constitutivas (presupuestos) para solicitar el empleo de la técnica de anticipación de tutelas preventivas y satisfactivas, dependen de la legislación de cada país y, específicamente, de cada sector. Desde lo cuantitativo, la cantidad de presupuesto (o requisitos) puede variar. Desde lo cualitativo, se ha de analizar el sentido y alcance del texto normativo en la legislación respectiva.

³⁴ Además, observa Sanmartino (2007) que en la tutela autosatisfactiva se prescinde del derecho de defensa; mientras el proceso autosatisfactivo erige al principio de celeridad en un supraprincipio, los principios de contradicción e igualdad quedan arrinconados hasta admitirse su total supresión (p. 459). El sacrificio absoluto del derecho de defensa será procedente cuando constituya un único factor previsible de evitación de un daño irreparable de derechos indisponibles como la vida, salud, protección frente al hambre, a una educación básica, libertad de expresión (Sanmartino, 2007, pp. 466 y 467).

Sin embargo, en los apartados precedentes, ya se había echado mano del paradigmático artículo 5 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica³⁵; esta vez con el siguiente texto pertinente:

Art. 5. Tutela jurisdiccional anticipada.- El juez podrá, a requerimiento de la parte interesada, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación y:

- I – exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final o
- II – esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

Se advierten dos modelos, en donde cada cual posee dos presupuestos iniciales o esenciales. En ambos modelos, el presupuesto común es del “convencimiento de la verosimilitud de la alegación con base en prueba consistente”. Luego, en el primer modelo, el segundo presupuesto es que “exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final” (factor de urgencia); y, en el segundo modelo, el segundo presupuesto –compuesto con disyuntivo incluyente a su vez– es que “esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado” (factor de evidencia).

En la siguiente parte del artículo 5 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, se hallan otros presupuestos a considerar (peligro de irreversibilidad y motivación) y otros, que sin ser presupuestos, implican el régimen de la disciplina de estas

³⁵ Este artículo ha sido justificado en la *efectividad del proceso colectivo* según se lee en su exposición de motivos: “El capítulo II trata de los proveimientos jurisdiccionales que se pueden obtener por el ejercicio de la acción colectiva: es aquí donde el Código se preocupa preeminentemente por la efectividad del proceso colectivo, que debe conducir a una respuesta jurisdiccional realmente capaz de satisfacer los derechos transindividuales violados o amenazados. Se encuentran ahí normas sobre la anticipación de tutela y sobre su posible estabilización (...)” (Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica).

decisiones –o proveimientos– anticipatorios que no son definitivos pero pueden llegar a serlos ante la ausencia de controversia:

Par. 1°. No se concederá la anticipación de la tutela si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante

Par. 2°. En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento.

Par. 3°. La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, en decisión fundada.

Par. 4°. Si no hubiere controversia en cuanto a la parte anticipada en la decisión liminar, después de la oportunidad de contradictorio ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada, y proseguirá el proceso, si fuere el caso, para el juzgamiento de los demás puntos o cuestiones comprendidas en la demanda.

En adelante, se especificará el contenido de cada presupuesto para la procedencia y fundabilidad de la técnica procesal de anticipación de tutela de los derechos supraindividuales. Además, se advierte que el juzgador debe motivar –argumentar– racionalmente el cumplimiento de cada uno de los presupuestos; por lo cual, también se otorgarán reglas mínimas de su control.

a. Convencimiento de la verosimilitud (*rectius*: probabilidad) de la alegación con base en prueba consistente

Es cierto que se ha tomado como referencia el texto del artículo 5 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica; sin embargo, un sector de la doctrina discrepa de la categoría de ‘verosimilitud’ (por ende, del convencimiento de la verosimilitud³⁶) y propone

³⁶ Marinoni (2016), en defensa de la regla expresa del Código Procesal Civil brasileño, precisa que la convicción de verosimilitud *preponderante* es la adecuada para la anticipación de tutela, en comparación con la convicción de verdad propia de la regla de la carga de la prueba en vísperas a la tutela final (p. 199).

la ‘probabilidad’ como baremo. No solo es una cuestión terminológica sino que se llega a asumir modelos imprecisos sobre la consecución de la verdad en el proceso (o procedimiento). La diferencia entre ellas no reside en niveles o estándares probatorios más exigentes sino en su aproximación al caso concreto.

Así, para Mitidiero (2018) la técnica anticipatoria, en general, se funda en “*juicio de probabilidad* proveniente de *cognición sumaria*” (p. 207). La probabilidad constituye la descripción aproximada en mayor o menor grado de la verdad, concerniente a una *alegación concreta* que se corresponde –la verdad como correspondencia– con la realidad (p. 209). En cambio, la verosimilitud indica la conformidad de la afirmación de aquello que *normalmente* acontece; por tanto, se vincula a la simple posibilidad de que algo haya ocurrido o no en constatación con su ocurrencia precedente, de forma general (p. 209).

De otro lado, se ha intentado elevar el estándar probatorio respecto a la probabilidad anteponiéndosele el adjetivo –no menos indeterminado– de ‘fuerte’ –fuerte probabilidad–, en comparación con la cautelar que sería menos exigente. González (2006) considera que para el dictado de la tutela anticipada debe haber una “fuerte” verosimilitud (*rectius*: probabilidad) del derecho que se alega, la cual surge de los elementos aportados por el peticionante (p. 320).

En opinión del tesista, no tiene sentido elevar el estándar de la *probabilidad* en el contexto de la anticipación de la tutela por *cognición sumaria*. Es un error, para variar, comparar sus estándares con los de la tutela cautelar ya que no están en el mismo plano de comparación. Además, es peligroso hacerlo pues serviría para dejar fuera de tutela determinados casos cuando el baremo se coloca en términos más exigentes³⁷. El término adecuado de

³⁷ La noción de probabilidad no impone un estándar exigente de prueba sino *apenas* un juicio de probabilidad: “Así regulada, se trata de una *tutela jurídica diferenciada* que tiene por objeto alcanzar la efectividad del proceso, que se otorga mediante *cognición sumaria*, debiendo el juez convencerse

comparación es la decisión o juicio final, de cuyo cotejo se llega a la conclusión de que la técnica de anticipación de tutela de derechos supraindividuales requiere de estándares de probabilidad menores a los de la técnica de la decisión final.

En esta tesis, se optará por la categoría de la probabilidad –y no verosimilitud– en tanto se aproxima a la verdad del caso³⁸; además, el juzgador deberá justificar racionalmente su decisión sobre un conjunto de elementos de juicio pertinentes, esto es, referentes al caso.³⁹ Así, en el momento de la valoración probatoria –en un sistema jurídico de libre valoración–, esta actividad deberá apoyarse en cada elemento de juicio pertinente para la hipótesis del caso, de forma individual y luego en su conjunto para la obtención de un resultado que permita saber el grado de confirmación (Ferrer, 2016, p. 98).

Una vez asumida la tesis de la probabilidad de la alegación, corresponde responder qué se entiende por la alocución *basada en prueba consistente*. En primer término, esta no debe ser interpretada como prueba inequívoca –entendida como la inferencia probatoria de unívoco sentido–. La noción de consistencia implica establecer relaciones entre la prueba, hechos y reglas del razonamiento; esto lleva, indudablemente, a refirmar el deber de motivación de aquellas relaciones, la cual detallaremos en adelante.

apenas de la verosimilitud [*rectius*: probabilidad] de la existencia del derecho afirmado en juicio” (Berizonce, 2008, p. 319).

³⁸ “(...) para las nuevas epistemologías empiristas, el objetivo del conocimiento inductivo no es ya la búsqueda de certezas absolutas, sino tan sólo de «supuestos» o hipótesis válidas, es decir, apoyadas por hechos que las hacen «probables». En esto radica su miseria, pero también su grandeza: se ha restaurado la confianza en una racionalidad empírica que, renunciando al objetivo inalcanzable de la certeza absoluta, recupera, a través del concepto de «probabilidad», un elemento de objetividad” (Gascón, 2010, p. 12).

³⁹ El profesor Ferrer (2016) plantea el siguiente problema: “puesto que la exigencia de la verdad resulta incompatible con la institución de que la justificación de las decisiones judiciales sobre los hechos es relacional al conjunto de elementos de juicio disponibles en el proceso. La razón es muy simple: la verdad del enunciado que se declara probado no depende de los elementos de juicio disponibles, sino de su correspondencia con el mundo” (pp. 64 y 65).

A estas alturas, corresponde delimitar el objeto de prueba de la técnica procesal de anticipación de tutela; en otras palabras, probabilidad de qué. Se descarta, sin más ambages, que mediante esta técnica no se requiere la probabilidad del daño irreparable o de difícil reparación (Marinoni, 2008, 72). De acuerdo con las premisas constitucionales de esta tesis, los derechos supraindividuales (difuso y colectivo) de los consumidores son inviolables; por tanto, la fundabilidad de la técnica anticipatoria no debe tener como eje el “daño”.

Para que el procedimiento colectivo pueda posibilitar la tutela preventiva y específica, no es suficiente la providencia –decisión– anticipatoria sino que el instituto de la prueba civil sea repensado a partir del temor de la violación de un derecho o de la práctica de un acto ilícito (Marinoni, 2016, p. 322). El instituto de la prueba fue pensado para formar un juicio acerca de un hecho ocurrido, un hecho pasado; cuando se piensa en un hecho que pueda ocurrir, un hecho futuro, está en el pasado apenas el hecho que indica la posibilidad de que el ilícito se practicará (Marinoni, 2016, pp. 322 y 323).⁴⁰

Según lo expuesto, el objeto de la prueba en la técnica de anticipación de la tutela es la *concreta probabilidad* de la práctica, repetición o permanencia de un *acto ilícito* (tutela inhibitoria) o de sus efectos (tutela de remoción). Entonces, para la fundabilidad del pedido de anticipación de ambas tutelas preventivas, el presupuesto es la probabilidad del acto ilícito (Marinoni, 2017, p. 45):

- (i) La anticipación de tutela inhibitoria: La probabilidad de que se *realice* un acto contrario a derecho (acción u omisión ilícitas).

⁴⁰ “Ahora bien, conviene únicamente matizar que en ocasiones el juez se encuentra ante la necesidad de determinar la ocurrencia de hechos presentes y hasta de predecir la de hechos futuros” (Ferrer, 2016, p. 85).

- (ii) La anticipación de tutela de remoción del ilícito: La probabilidad de que ya *se haya realizado* un acto contrario a derecho (acción u omisión ilícitas).⁴¹

Así, en un primer momento, se debe calificar la *ilicitud* del acto temido –acción u omisión– o sus efectos, conforme a las reglas del Derecho, constituyendo una “cuestión de derecho” (Marinoni, 2016, p. 323). Y, en un segundo momento, de ser positiva la calificación de ilicitud, se debe verificar la *probabilidad* de la práctica, repetición o permanencia de la acción u omisión o de sus efectos.

Ahora bien, conviene detenerse –por un momento– y precisar que aquella probabilidad ha de ser lógica y no matemática. Así, “la probabilidad de una hipótesis se apoya en su conexión lógica con las pruebas a través de reglas (causales) generales, y mide el grado de apoyo (inductivo) que las pruebas proporcionan a la hipótesis” (Gascón, 2010, p. 155). Las hipótesis deben ser adecuadamente formuladas y los elementos probatorios, individualizados analíticamente.

En ese sentido, se deben desarrollar las siguientes premisas (Mitidiero, 2018, p. 214):

- (i) Una hipótesis adecuadamente formulada debe ser (a) consistente, significativa y referente a los hechos relevantes, (b) fundada en el conocimiento disponible y (c) contrastable empíricamente de modo inmediato.

⁴¹ Así también, se hace referencia a la anticipación de tutela resarcitoria en forma específica cuyo presupuesto es la *probabilidad* de que el demandado *sea responsable del daño*. Esta anticipación de tutela importa como preventiva en el caso de que el daño –ya producido– pueda intensificarse o causar otro daño.

- (ii) La individualización analítica de los elementos probatorios disponibles implica (a) investigar su credibilidad –si es atendible– y (b) definir su significado –qué es lo que representa–⁴².

Luego de realizar lo reseñado en el párrafo precedente, se somete al siguiente procedimiento de comprobación para medir la probabilidad de la(s) hipótesis (Gascón, 2010, pp. 160-163):

- (i) Confirmación: Según los siguientes cuatro parámetros, el grado de probabilidad de una hipótesis es
- (a) Directamente proporcional al fundamento y grado de probabilidad incrustado en las máximas de la experiencia⁴³.
 - (b) Tendencialmente mayor cuando viene confirmada por constataciones –pruebas documentales y testimoniales– o por conclusiones –prueba pericial–, en comparación cuando viene confirmada por pruebas indirectas o indiciarias (calidad epistemológica).
 - (c) Menor cuanto mayor sea el número de pasos inferenciales que componen el procedimiento de su confirmación.
 - (d) Mayor según la cantidad y variedad de pruebas que la confirman.

⁴² “(...) la técnica más acorde con un modelo cognoscitivista y con el sentido de la motivación es la analítica, es decir, la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas” (Gascón, 2010, p. 201).

⁴³ “Las máximas de la experiencia son enunciados que recogen lo que por regla general acontece y que cualquiera con una mínima experiencia sabe que es normal y esperable, aunque hipotéticamente la excepción no sea absolutamente descartable (...) tienen una base inductiva compartida. Cualquier juez habrá visto y oído múltiples veces, habrá comprobado o sabido que otros comprobaban que quien tiene en su casa más de unos gramos de cocaína no la acumula para su consumo, sino para el tráfico con ella, y por eso se constituirá así, inductivamente, la premisa mayor de un razonamiento deductivo posterior” (García, 2017, pp. 79 y 80).

- (ii) No refutación: El grado de probabilidad de aquella(s) hipótesis requiere, además, que la(s) hipótesis no sea refutada por ningún elemento probatorio disponible en el proceso. Así, “es necesario, además, que permitan excluir hipótesis alternativas. Muy simplemente, cada razón para dudar de la aplicabilidad de la regla general al caso concreto tiene que ser excluida” (Gascón, 2010, p. 156).

Si se retoma el hilo argumental, conviene interrogarse cómo este esquema de la probabilidad lógica –elaborada más para la técnica de la decisión o juicio final– se podría adecuar a la técnica de anticipación de tutela para los derechos supraindividuales. Si se ha dicho que el estándar de probabilidad es menor en la técnica de la anticipación de tutela en comparación con la decisión o juicio final, entonces ¿qué cambia en el esquema reseñado?

Lógicamente, no debe cambiar que las hipótesis estén formuladas adecuadamente ni la individualización analítica de los elementos probatorios disponibles en autos. Los que sí han de flexibilizarse son los parámetros (b) y (c) del procedimiento de confirmación. Específicamente, en (b), fortalecer las pruebas indiciarias al nivel de las documentales y testimoniales y que no necesariamente el mayor número de pasos inferenciales determine una decisión desestimatoria. Finalmente, suprimir el parámetro (d).

En el parámetro (b) del proceso de confirmación, reviste dificultad alcanzar un grado de probabilidad de determinada hipótesis en contra de derechos supraindividuales de los consumidores y usuarios, particularmente, cuando se trata de impedir la práctica inédita de acciones u omisiones ilícitas (tutela inhibitoria, modalidad pura). Es necesario, entonces, complementar el esquema descrito con la función de los juicios-instrumentales de (i) la

admisión de pruebas⁴⁴ y (ii) las presunciones derivadas de la prueba indiciaria⁴⁵, para la obtención del juicio-resultado (decisión de la anticipación de tutela).

Y, aunque queda más que expresa en esta tesis, se reconoce el criterio de la ‘gravedad social asociada al litigio’ para la decisión de anticipación de tutela; en el sentido de que las “*cuestiones civiles extrapatrimoniales* son socialmente más graves que litigios que versan apenas sobre *cuestiones civiles patrimoniales*” (Mitidiero, 2018, p. 219). No obstante, en opinión del tesista, este reconocimiento no tiene por qué implicar la elevación de los estándares probatorios; peor cuando no se aportan razones. Al contrario, se debería tener una lectura más flexible a propósito de la dificultad de probanza de acciones y omisiones ilícitas en contra de derechos supraindividuales.

⁴⁴ Para la admisibilidad, “[e]l hecho indiciario es pertinente cuando tienen relación con el acto temido, mientras que será relevante cuando, una vez que se haya demostrado, sea capaz efectivamente de evidenciar la probabilidad de que el acto se practique” (Marinoni, 2016, p. 330).

⁴⁵ “Si el hecho indiciario, una vez demostrado, *puede* colaborar para demostrar que probablemente el acto temido se practicará, la prueba indiciaria evidentemente puede sumarse a otra presunción para formar un juicio de procedencia [*rectius*: fundabilidad]” (Marinoni, 2016, pp. 333 y 334).

Tabla 3

Probabilidad de la acción u omisión en las tutelas materiales preventivas

Tutelas materiales preventivas	Objeto	Tiempo de los hechos		
		Pasado	Presente	Futuro
Tutela inhibitoria	Práctica		Actos preparatorios	1. Ilicitud Acción (instantánea, permanente, continuada o instantánea con efectos permanentes) u omisión 2. Probabilidad
	Repetición	1. Ilicitud Acción (instantánea, permanente <i>cesada</i> , continuada o instantánea con efectos permanentes <i>cesados</i>) u omisión 2. Probabilidad o certeza	Actos preparatorios	1. Ilicitud Acción (instantánea, permanente, continuada o instantánea con efectos) u omisión 2. Probabilidad
	Permanencia	1. Ilicitud Acción permanente u omisión 2. Probabilidad	1. Ilicitud Acción permanente u omisión 2. Probabilidad	1. Ilicitud Acción permanente u omisión 2. Probabilidad
Tutela de remoción	Efectos	1. Ilicitud Acción instantánea con efectos permanentes	Probabilidad Efectos permanentes	Probabilidad Efectos permanentes

b.1 Que exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final

La redacción de este presupuesto se centra en la ‘ineficacia del proveimiento final’⁴⁶, en el contexto del desarrollo del proceso colectivo. Aunque, en su texto, no está el clásico ‘peligro en la demora’, algunos autores –que comentan el texto del artículo 5 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica– lo denominan así.⁴⁷ Para Mitidiero (2016), ‘peligro en la demora’ y ‘temor de ineficacia del proveimiento final’ son buenas locuciones para desempeñar semejante finalidad: Prestar tutela contra el acto ilícito y daño a través de la técnica de anticipación de tutela (p. 100).

La condición es que el legitimado, en su escrito postulatorio, haya solicitado al juzgador un tipo de tutela consistente en ordenar a la parte contraria a un hacer o no hacer de conformidad con las normas materiales de protección de derechos supraindividuales, en tanto se han incumplido –o están próximos a incumplirse– dando lugar a acciones y omisiones ilícitas. Ordinariamente, el juzgador deberá emitir la decisión final luego de una fisiológica duración del proceso. Sin embargo, la asociación legitimada mantiene un fundado temor de que, para *ese tiempo*, aquella decisión final no será capaz de producir los efectos peticionados.

La empresa, de entrada, consiste en determinar si el fundado temor de aquella ineficacia se vincula a un supuesto daño irreparable. Para una respuesta consistente no se puede prescindir

⁴⁶ El proveimiento final hace referencia –como ya se ha dicho– a la técnica de la decisión o juicio final del proceso, p. ej., sentencia o resolución del caso.

⁴⁷ Dan cuenta de ello, Berizonce (2008) cuando dice que “[e]n las medidas anticipatorias, el peligro de la mora (...)” (p. 313) y Gonzales (2006) cuando reitera que el presupuesto del grave peligro en la demora lo debe acreditar el peticionante en atención a un inminente perjuicio irreparable de esperar la emisión de la sentencia (p. 321).

de la premisa sostenida en esta tesis: El derecho supraindividual –difuso y colectivo– es inviolable *per se* en tanto que derecho humano y fundamental. En este sentido, el fundado temor de la ineficacia debe tener como eje la alteridad del derecho supraindividual, buscando impedir la práctica, reiteración o permanencia del *acto ilícito* o remoción de sus efectos. Está fuera del marco constitucional vincular el presupuesto de la ineficacia, de forma directa, con el *daño*.⁴⁸

Ahora bien, se debe distinguir las dos especies de *periculum in mora* evidenciada por Calamandrei: (i) peligro de infructuosidad y (ii) peligro de tardanza (Proto, 2018, pp. 645 y 646). El primero hace referencia al peligro que durante el desarrollo del proceso sobrevengan hechos que tornen imposible o difícil la actuación la sentencia, p. ej. el peligro de disposición material y jurídica. El segundo hace referencia al peligro de prolongación en el tiempo del estado de insatisfacción del derecho por la duración del proceso, p. ej. la insatisfacción del derecho de alimentos del niño o adolescente.

Según lo expuesto, para efectos de esta tesis, el peligro temido es la *tardanza*. Así, se relacionan los siguientes factores: (i) el estado de insatisfacción del derecho supraindividual⁴⁹ y (ii) el lapso contable desde la interposición del acto postulatorio – denuncia o demanda de tutela– hasta la emanación de la decisión final ejecutable (duración del proceso). Ambos factores se ubican en un mismo plano temporal, de allí deriva la *prolongación* del estado de insatisfacción. Por tanto, para la fundabilidad de este

⁴⁸ No obstante, y siempre considerando la distinción entre acto ilícito y daño, las dos formas de tutela preventiva (inhibitoria y de remoción) contribuyen a prevenir el daño pero de forma *indirecta*. A menos que, únicamente, se esté hablando del daño marginal a causa de la duración del proceso y no del daño civil.

⁴⁹ Así también entiende el profesor Berizonce (2008) cuando dice que el peligro de la mora consiste “en la prolongación del estado de insatisfacción del derecho reclamado en el juicio, con el peligro inminente de que llegará tarde la providencia de mérito y será ya irreparable el daño causado a la parte” (p. 313).

presupuesto, se debe alegar cómo se da ese prolongamiento del estado de insatisfacción durante el curso del proceso (daño marginal).⁵⁰

En suma, el cumplimiento de este presupuesto junto al *supra* a), fundan la decisión de anticipación de tutela preventiva (sea inhibitoria, sea de remoción) del derecho supraindividual. Sin embargo, como se adelantó, no es la única vía; también es posible la obtención de la anticipación de tutela cuando se comprueba el abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del emplazado, supuestos que se tratarán en el siguiente apartado.

b.2 Que esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado

La verificación conjunta de este presupuesto b.2) junto al *supra* a), ha sido denominada como ‘tutela de evidencia’. Esta viene desplegada totalmente del peligro, lo que constituye un cambio importante⁵¹; su objetivo está en *adecuar* el proceso a la mayor o menor evidencia de la posición jurídica defendida por la parte y, en este sentido, distribuir isonómicamente la carga del tiempo a lo largo del proceso (Mitidiero, 2016, p. 87).

Se ha dicho que el requisito II del artículo 5 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica atiende a la conducta del demandado y no a la urgencia.⁵² Así, surge la interrogante del porqué adelantar los efectos de un decisión final si no hay urgencia en tanto

⁵⁰ Dice el profesor Proto (2018): “usando la eficacia terminológica de E. Finzi adoptada y difundida por Calamandrei, el daño marginal que la duración del proceso causa o concurre para causar” (p. 637).

⁵¹ En opinión de Camps (2006), “[s]e da aquí entonces el caso particular de cautelares con finalidad sancionatoria. Se trata de una medida tendiente a la ‘moralización’ del Derecho procesal colectivo que encontramos inadecuada por desnaturalizar en estos casos las vías de protección cautelar” (p. 300). Discrepa Mitidiero (2016) quien niega la naturaleza sancionatoria (pp. 89 y 90).

⁵² Se ha dicho que la tutela anticipada de evidencia altera la finalidad de prevención del daño pues no se basa en la urgencia sino que actúa ante la rebeldía, ejercicio abusivo del derecho de defensa, defensa de argumentos manifiestamente inconsistentes y haya un desconocimiento del precedente (Centro de Investigación de Derecho procesal de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 100-103).

va en contra de la verdad pues se basa en cognición sumaria (Centro de Investigación de Derecho procesal de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 104 y 105).

No obstante, se ha de recordar que ya Proto (2014) avalaba que la tutela sumaria se justifica y no constituye un privilegio cuando esté dirigida a evitar el costo del proceso de cognición plena y se constate (i) la falta de voluntad del obligado para contestar, o (ii) que el demandado abuse del derecho de defensa (p. 192 y ss.). En esta línea, Marinoni (2016) culpa a la doctrina liberal que únicamente se preocupa en el derecho de defensa, sin atender a la realidad del proceso pues si bien “tutela el derecho del demandado a un conocimiento exhaustivo y definitivo, puede privar al actor de muchas cosas” (p. 219).

La premisa a considerar, para esos efectos, es que “en general el demandante pretende la alteración de la realidad empírica y que el demandado desea el mantenimiento del status quo” (Marinoni, 2016, p. 220). De esta premisa, es posible derivar las siguientes categorías: (i) el ‘demandante que tiene razón’ y (ii) el ‘demandado que no tiene razón’. Ambas categorías, se ubicarán en el contexto de la controversia jurídica colectiva.

La demora del proceso colectivo siempre perjudica al demandante que tiene la razón y, únicamente, beneficia al demandado que no tiene razón ya que mantiene la situación jurídica material intacta. Ejemplifica Marinoni (2016) que “si el actor prueba los hechos constitutivos del derecho que alega poseer y el demandado presenta una excepción substancial indirecta infundada, y que requiere instrucción dilatoria, no es racional que al actor se le continúe imponiendo la carga de la demora” (p. 228).

La anticipación de tutela basada en el abuso del derecho de defensa desincentiva defensas abusivas a demorar la realización del derecho u orientadas a obtener del demandante alguna ventaja económica a cambio del tiempo (Marinoni, 2016, pp. 228 y 229). Además, evita que se perjudique a la administración de justicia pues cuanto mayor es el número de casos de

abuso del derecho de defensa, mayor será el número de procesos en trámite, lo que incide en la calidad del servicio judicial (Marinoni, 2016, p. 229).

Finalmente, se debe advertir que el legitimado debe alegar este presupuesto –para la anticipación de tutela– después de que el demandado o denunciado haya ejercido su derecho de defensa o en el plazo que tuvo para hacerlo. Solo podría haber abuso del derecho de defensa si se ha permitido ejercerlo, lo mismo para el manifiesto propósito dilatorio. Así, el juzgador podría evaluar la inconsistencia de los argumentos de defensa cotejándolo con la alegación y elementos probatorios del legitimado.

c. Peligro de irreversibilidad

Es de observación común que la decisión no basada en cognición plena –sino en sumaria– presenta un alto grado de peligrosidad y puede ser fuente de daño injusto para el destinatario pasivo (Proto, 2018, p. 653). De aquí, se introdujo el instituto de la caución como contramedida en caso de que la decisión final sea desfavorable al legitimado que lo haya solicitado. Sin embargo, como bien observa Proto (2018) la caución es idónea cuando el interés lesionado sea de contenido y función, prevalentemente, patrimonial y que el legitimado tenga disponibilidad para ofrecer la caución (p. 654).

En la presente tesis, la tutela preventiva de los derechos supraindividuales –difuso y colectivo– de los consumidores no busca afectar –no prevalentemente– un interés de contenido patrimonial del demandado o denunciado. Como se ha incidido, lo que se pretende es conseguir un mandato del juzgador de contenido, en la mayor de las veces, no patrimonial, esto es, de hacer o no hacer (cese). Así también, el legitimado en tanto asociación no tiene, en hipótesis, la posibilidad de ofrecer la caución. Por tanto, la caución se revela como inidónea en el proceso colectivo en general y anticipación de tutela en particular.

Descartada la caución, reluce como presupuesto idóneo el ‘peligro de irreversibilidad’. Si se sigue a línea con el ya citado artículo 5 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, entonces se puede deducir que el peligro de irreversibilidad constituye un presupuesto *negativo* de la anticipación de tutela:

Par. 1º. No se concederá la anticipación de la tutela si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante.

Se infiere, además, que el presupuesto de la evaluación del peligro de irreversibilidad de la decisión anticipatoria implica el ‘juicio de ponderación de los valores en juego’.

Proto (2018) recomienda que el peligro de irreversibilidad debe influir sobre el juzgador en el sentido siguiente:

- (i) Reducir la superficialidad de la cognición en el *fumus*.
- (ii) Valorar comparativamente el daño que sufriría el solicitante por la falta de otorgamiento de la decisión anticipatoria y el daño que sufriría la contraparte por su otorgamiento.⁵³
- (iii) Otorgar la anticipación solo de forma parcial.
- (iv) Utilizar, en todo caso, la declaración jurada del abogado (*affidavit* anglosajón).

⁵³ Así, “[s]e debería conceder la providencia: 3a) siempre, en los casos en los cuales frente a un derecho del solicitante con contenido exclusivamente o prevalentemente no patrimonial se encuentre un derecho con contenido exclusivamente o prevalentemente patrimonial; 3b) solo cuando el daño del solicitante sea mayor de aquel de la contraparte, cuando ambos tengan contenido y/o función no patrimonial o contenido prevalentemente patrimonial” (Proto, 2018, p. 686).

9.1.4 *EXCURSUS*: ANTICIPACIÓN DE LA DECISIÓN DE FONDO POR NO NECESIDAD DE PRODUCCIÓN DE PRUEBA

Sin mermar lo que se ha dicho en los apartados precedentes, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica contiene otro texto en el cual se *emplearía* la técnica de la anticipación de tutela, en su artículo 13:

Art. 13. Anticipación de la decisión de fondo.- El juez decidirá sin más la demanda en cuanto al mérito, cuando no hubiere necesidad de producción de prueba.

Parágrafo único. El juez podrá decidir sin más trámite, parte de la demanda, cuando no hubiere necesidad de producción de prueba, siempre que ello no implique prejuzgamiento directo o indirecto del litigio que quede pendiente de decisión. En este caso el proceso continuará para la instrucción y juzgamiento de los demás pedidos que se decidirán en resoluciones complementarias.

Respecto de este texto, surge la siguiente interrogante ¿cuáles son los escenarios donde no habría necesidad de producción de prueba para que el juzgador decida *sin más trámite*? Algunos escenarios –no los únicos– bien se podrían acomodar a los ejemplos propuestos por Ariza (2012) donde la discusión no es probatoria sino netamente jurídica:

Tanto si se plantea una acción de cesación sobre *condiciones generales de la contratación*, como si se refiere a un *acto desleal*, *publicidad ilícita*, así como otras tantas, la controversia no gira en torno a si existe o no la cláusula que se pretende eliminar, o la conducta que se sospecha desleal, o la publicidad. El proceso gira en torno al calificativo de abusivo, desleal, ilícito, o contrario a la normativa respectiva. (p. 165, la cursiva es añadida)

Lo anterior no significa que desaparece la actividad probatoria sino que se reduce. Esto es tangible cuando la prueba documental adquiere relevancia fundamental ya que no necesita actuación ni audiencias. Por ejemplo, no necesita actuación ni audiencia la prueba documental de los contratos por adhesión seriados que contienen cláusulas vejatorias.

Del mismo modo, ya que se anticipará la tutela sobre el fondo ¿implicaría un estándar probatorio más exigente? Si consideramos los ejemplos propuestos por Ariza (2012), la pregunta ha de caer por impertinente. Esto porque los estándares probatorios, justamente, se centran en la probanza de hechos pero no vienen al caso cuando la controversia colectiva se centra en el carácter abusivo de una condición general o cláusula, o la ilicitud de una pieza publicitaria.

La técnica de anticipación de tutela tratada *supra* 9.1.3, y la anticipación de la decisión del fondo se distinguen, fundamentalmente, en que aquella es *provisional* y esta no lo es. Así, la anticipación de la decisión sobre el fondo no puede ser modificada por el mismo juzgador. Solo cabe la impugnación contra esta decisión de fondo para la pretensión de revocación por el tribunal de segundo grado. Por tanto, la anticipación de la decisión del fondo equivale a un *juzgamiento anticipado*, realizable por la no necesidad probatoria.

9.2 MEDIDAS COERCITIVAS

Se ha de recordar que mediante la anticipación de tutela, la asociación legitimada busca tutela preventiva y específica de derechos supraindividuales; no busca un resarcimiento. En este sentido, se está en consenso con Chiarloni (2005) cuando reflexiona “que una ‘monetización’ mediante el resarcimiento del daño no parece idónea, de modo que para asegurar el exacto cumplimiento se considera pertinente la introducción de medidas correctivas, incluso sobre las personas, según una línea ya seguida (¿con demasiada timidez?) por el legislador” (p. 303).

Oliveira, siguiendo a Di Majo, explica sobre el tipo de técnicas procesales atinentes a la tutela preventiva de derechos supraindividuales: las técnicas coercitivas. Estas consisten en el uso de la fuerza del Estado a través de medidas de ejecución forzada. Son *por subrogación* en los casos de expropiación o autorización al acreedor de conseguir lo que le es debido.

Son *específicas* y de *amenaza* cuanto se busca constreñir el cumplimiento a través de multas (*astreintes*), prisión civil, etcétera (Oliveira, 2008, p. 134).

Las técnicas –o medidas– coercitivas también tienen su lugar en el Código Modelo de Proceso Colectivos para Iberoamérica en su artículo 6. Son pertinentes para esta tesis, las técnicas coercitivas específicas y de amenaza, detalladas en los párrafos 1-3 del citado artículo:⁵⁴

Art. 6º. Obligaciones de hacer y de no hacer. En el proceso que tenga por objeto el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o determinará las medidas que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento.

Par. 1º. El juez podrá, en la hipótesis de *anticipación de la tutela* o en la sentencia, *imponer una multa diaria al demandado*, independientemente del pedido del actor, si fuera suficiente o compatible con la obligación, fijando plazo razonable para el cumplimiento de la resolución.

Par. 2º. El Juez podrá, de oficio, modificar el valor o la periodicidad de la multa, en el caso de que verifique que se tornó insuficiente o excesiva.

Par. 3º. Para la tutela específica o para la obtención del resultado práctico equivalente, podrá el juez determinar las medidas necesarias, tales como la búsqueda y la aprehensión, la remoción de cosas y personas, la demolición de obra, la prohibición de actividades nocivas y podrá requerir el auxilio de la fuerza policial. (La cursiva pertenece al tesista)

No es casualidad que las técnicas coercitivas estén ubicadas en, *caput*, las obligaciones de hacer y de no hacer. Es paradigmática, así, la anticipación de tutela preventiva y específica

⁵⁴ Las técnicas coercitivas *por subrogación* constan de forma subsidiaria en el párrafo 4: “La conversión de la obligación en daños y perjuicios solamente será admisible si por ella optare el actor o si fuere imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente”. Al respecto, “la ejecución por subrogación parece impotente o inadecuada respecto de la necesidad de nuevas formas de tutela que no pueden contentarse con una satisfacción por equivalente. Sin embargo, es justamente la especificidad de esta necesidad la que indica la vía correcta a fin de que sea satisfecha mediante una específica previsión legislativa –drásticamente sancionadas e incluso en el ámbito penal antes que en el civil– respecto del obligado que incumple la obligación establecida” (Chiarloni, 2005, p. 338).

expresada a través de la orden de cese o cesación de acción ilícita, que es pues una obligación de no hacer (o deshacer). El objeto se extiende a comportamientos presentes y futuros –y no únicamente a comportamientos pasados–. Por tanto, como bien anota Chiarloni (2005), estas técnicas tienen notable eficacia intimidatoria “en la medida en que se vuelve segura la afirmación de la responsabilidad en un posterior proceso, en caso que el comportamiento declarado ilícito sea reiterado y produzca daño” (Chiarloni, 2005, pp. 300 y 301).

Son pacíficas las opiniones de que, en la decisión de anticipación de tutela, se debe precisar el plazo de su cumplimiento cuya inejecución vaya anejada a la multa (*astreintes*). Así, se ha dicho que la decisión de conceder la anticipación de tutela debe ser ejecutada mediante la fijación de multa coercitiva (Marinoni, 2016, p. 136). En el mismo sentido, se reitera que la decisión que concede la anticipación de tutela –ordenar un hacer o no hacer o concretizar un derecho a la cosa– debe ser cumplida mediante la fijación de multa coercitiva (Mitidiero, 2016, p. 105).

10. PROCESO COLECTIVO

Antes de definir los procedimientos colectivos, es pertinente explicar que la nomenclatura y contenido varían según los modelos de tutela en países del *common law* y *civil law*. En este sentido, el modelo de los Estados Unidos americanos servirá para explicar el primero, mientras que el proceso civil alemán servirá para el segundo.

En Estados Unidos, el modelo de tutela está fundado en el instituto de la *class actions* regulado por la *rule 23* de las *Federal Rules of Civil Procedure* (Gidi, 2004; Taruffo, 2005). La legitimación es individual a un sujeto perteneciente al grupo, la sentencia final tiene eficacia de cosa juzgada frente a todos los miembros de clase y la proposición de la demanda debe ser notificada a todos los miembros de la clase en periódicos y televisión (Taruffo, 2005, pp. 28 y ss.).

Un abogado familiarizado con las acciones americanas y el proceso civil alemán negará que aquellas se den en esta (Koch, 2004, p. 235). El modelo alemán de la *verbandsklage* atribuye legitimación para obrar a las asociaciones y no a los individuos (lo que se repite en Italia y Francia), la tutela es de tipo inhibitoria lo que implica que las asociaciones obtengan del juez órdenes de hacer o no hacer y se prescinde del interés individual (Taruffo, 2005, pp. 24-27).⁵⁵

Gidi ofrece una definición aunque no de procedimiento o proceso colectivo sino de acción colectiva. Para él “una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)” (Gidi, 2004, p. 31).

Para Gascón (2010) se pueden llamar ‘acciones colectivas’ o ‘procesos colectivos’ (p. 16). Sin embargo, más adelante enfatiza en la ‘acción’ al precisar que “[c]abe hablar de acción colectiva cuando se le formula a un tribunal una pretensión que formalmente se presenta como única –y no como una pluralidad de pretensiones individuales–” (Gascón, 2010, p. 19).

Sin embargo, la acción colectiva solo es un componente del todo, cual es el procedimiento colectivo. Es cierto que a través de su ejercicio se inicia el procedimiento colectivo pero no lo agota. Incluso, en el modelo normativo de la academia se prefiere la noción de ‘proceso colectivo’: Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica del 2004.

⁵⁵ Es considerado excepcional en el derecho alemán y se encuentra habilitado para sectores determinados “derecho a la competencia, competencia desleal, defensa del consumidor y regulación de las condiciones generales de contratación. Se trata de pretensiones de cesación, sin posibilidad de reclamos por compensaciones indemnizaciones o tutelas que representan derechos ajenos; la asociación persigue la defensa de un interés propio, aunque también resguarda los intereses de un grupo determinado, siempre que esté habilitada para ello” (Salgado, 2017, p. 351).

La tutela colectiva se puede conseguir mediante el ejercicio de acciones colectivas. Se formula a un tribunal una pretensión que formalmente se presenta como única. De ser fundada, obligará al tribunal a dictar una sentencia: (a) Declarar la existencia, inexistencia o el modo de ser de una relación o situación jurídica –tutela colectiva declarativa–, (b) condenar al responsable a realizar una determinada prestación –tutela colectiva condenatoria– o c) crear, extinguir o modificar relaciones o situaciones jurídicas de dimensión colectiva –tutela colectiva constitutiva– (Gascón, 2010, pp. 19 y 20).

En el capítulo II, se describirá la estructura pertinente del procedimiento colectivo disciplinado en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor. Específicamente, el objeto (¿qué se busca?), la legitimación –activa y pasiva– y competencia (¿quiénes?), las técnicas procesales que permiten la tutela preventiva (¿cómo?), entre otros. Si bien será un análisis legal, se introducirán diversos pronunciamientos de los órganos resolutivos competentes que dotan de vigor al Derecho en su desenvolvimiento práctico.

CAPÍTULO II

PROCEDIMIENTO COLECTIVO CONTENIDO EN LA LEY 29571 CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

1. PREMISA

De entrada, en opinión del tesista, el procedimiento en materia de protección al consumidor contenido en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código del Consumidor), aunque limitado, es un proceso –o procedimiento– colectivo. Esto porque tiene como objeto la tutela de derechos supraindividuales del grupo o conjunto de consumidores y usuarios, mediante el establecimiento de técnicas procesales y oportunidad del contradictorio en la competencia decisoria de un tercero imparcial.

Los legisladores decidieron que la sustanciación de ese procedimiento colectivo se dé en un procedimiento sancionador ante una entidad administrativa (art. 107 del Código) y no del Poder Judicial. Para Espinoza (2012) se trata de “un monstruo de tres cabezas” ya que

(...) en el procedimiento administrativo de tutela del consumidor, éste no sólo obtiene una medida correctiva (situación que lo calificaría como trilateral), sino también el

INDECOPI puede imponer una multa al proveedor, lo cual también haría que este procedimiento sea, a la vez, sancionador (p. 290).

Para Priori (2017), la “administrativización”⁵⁶ de la tutela de los derechos no calza en la autotutela, autocomposición y *proceso* (p. 121). Esto lo sustenta en que el tercero que resuelve no es imparcial en tanto ejerce la función para satisfacer un interés público, su decisión no adquiere la calidad de cosa juzgada y solo aplica algunos remedios –no la indemnización por ejemplo– (Priori, 2017, p. 122).

Se discrepa con Priori en el extremo de que la tutela a cargo de entidades administrativas no calce como proceso. El proceso es un concepto jurídico fundamental de la teoría general del proceso, donde el proceso jurisdiccional es apenas una especie de proceso. Para Didier (2015), existen otras especies como el proceso legislativo, el *proceso administrativo* o proceso negocial; así, sirven para toda especie de proceso conceptos lógico-jurídicos procesales como competencia, decisión, prueba, demanda, admisibilidad, objeto litigioso y cognición (pp. 99 y 100).

Se ha dicho que la carencia de remedios como, por ejemplo, la indemnización descarta a la tutela a cargo de una entidad administrativa como un auténtico proceso. Esta idea parte de una concepción *resarcitoria* del proceso, al punto de que la indemnización constituiría una característica fundamental. Ya se ha cuestionado *supra* la centralidad inmerecida que se le ha dado al resarcimiento de daños. La efectiva y tempestiva tutela consiste, más bien, en no llegar al estadio de los daños, mediante técnicas procesales que lo impidan o remuevan efectos permanentes de actos ilícitos, a mayor razón si se trata de derechos de las masas (supraindividuales).

⁵⁶ “Se trata de un medio a través del cual la ley le confiere a un órgano de la administración pública la potestad de resolver una controversia entre dos particulares, debiendo aplicar, al hacerlo, alguno de los remedios que el legislador ha previsto para la protección de determinados derechos. Muchas veces se acompaña a esta potestad también, la de imponer sanciones (...)” (Priori, 2017, pp. 121 y 122).

También, se está en desacuerdo con la afirmación de que el tercero que resuelve no es imparcial en tanto su función es satisfacer un interés público y, por ello, la tutela administrativa no sería un proceso. Esta afirmación no distingue entre actividades de autotutela de la administración y el establecimiento de tribunales especializados con autonomía. En el caso de Indecopi, este cuenta con múltiples Comisiones de Protección al Consumidor que son, funcionalmente, autónomas e imparciales en sus decisiones; además, en segundo grado, se halla el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, bajo el mismo esquema de autonomía e imparcialidad.

Los tribunales del Indecopi representan la expresión más notable de desjudicialización. Ya el profesor Cadiet (2015) delineaba que la desjudicialización hace referencia al hecho de sacar al juez o tribunales del Poder Judicial de un cierto número de controversias, a través de medios alternativos de solución de conflictos, por ejemplo, autoridades administrativas o públicas independientes, o especialmente reguladoras (pp. 30 y 31)⁵⁷. No se advierte que la decisión legislativa de extraer materias del Poder Judicial conduzca, necesariamente, a la pérdida de imparcialidad.

De otro lado, también se debe rechazar la afirmación de que la tutela en sede administrativa no calza como proceso en tanto sus decisiones no adquieren la calidad de cosa juzgada. Esta comparación es inválida ya que se parte de una teoría particular del proceso jurisdiccional como es la cosa juzgada. De esta comparación, no se concluye que la tutela en sede administrativa no calce como proceso sino, únicamente, que le es ajena la particularidad de

⁵⁷ El profesor Cadiet (2015) distinguía a la desjudicialización de la desformalización y desjurisdiccionalización: Por desformalización entendía la pretensión de sacar a los procedimientos judiciales de los formalismos ordinarios mediante flexibilización y simplificación y, por desjurisdiccionalización, la pretensión de sacar al juez de su labor ordinaria de resolver el litigio mediante las *normas aplicables* al caso –solución amistosa mediante juez o árbitro– (pp. 32 y 33).

la cosa juzgada. En otras palabras, la calidad de cosa juzgada no sirve para delimitar qué es un proceso o no.

Más allá de insistir en el protagonismo del proceso, para la tutela preventiva y específica de derechos supraindividuales del grupo o conjunto de consumidores y usuarios, los esfuerzos se deben centrar en una tutela efectiva y tempestiva. Así, al grupo de consumidores poco le importará si la tutela que obtienen en tiempo oportuno y de forma específica proviene de una decisión con autoridad de cosa juzgada o no. No se debe perder de vista la instrumentalidad de las instituciones procesales al servicio de los derechos materiales fundamentales.

Siguiendo en su crítica, Priori (2017) ha dicho que el modelo económico por el cual apostó el Perú hace 30 años ha supuesto el incremento de la administrativización; no obstante, no existe ningún estudio que mida su impacto (p. 122). Finaliza diciendo que no son válidos los argumentos que la hacen ver como una justicia especializada y rápida en tanto luego las decisiones son revisadas por el Poder Judicial –supuestamente no especializado– y el proceso demoraría dos instancias adicionales, más la casación (Priori, 2017, p. 122).

En el siguiente apartado, se abordará el objeto del –ya definido– procedimiento colectivo regulado en el Código del Consumidor, esto es, qué decisión de los tribunales del Indecopi pueden obtener los accionantes legitimados.

2. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO

Los objetos sustancial y procesal de la demanda de tutela colectiva y denuncia en el proceso colectivo, constituyen el *petitum*. Así, el objeto sustancial es el derecho hecho valer en el proceso colectivo y, el objeto procesal es el contenido de la decisión solicitada –declarativa, constitutiva, de condena o mandamental– (Proto, 2018, p. 52; Oliveira, 2008, p. 223).

Según lo expuesto, el *petitum* del procedimiento colectivo regulado en el Código del Consumidor es escindible en el objeto sustancial y objeto procesal. El objeto sustancial es el derecho supraindividual del grupo o conjunto de consumidores o usuarios en distintos ámbitos –servicios educativos, productos envasados alimenticios, productos bancarios, etcétera– o materias –información, idoneidad, prohibición de discriminación, predisposición de cláusulas vejatorias–. Así también, el objeto procesal lo constituye el contenido de la decisión que el legitimado solicita, casi siempre, relacionadas con órdenes de hacer y no hacer (deshacer), obligaciones infungibles.

A mayor abundamiento, el objeto procesal de la tutela solicitada estaría prescrito en los artículos 115 y 116 del Código del Consumidor. Llevan la denominación de *medidas correctivas* que pueden ser, a su vez, correctivas y complementarias. El órgano resolutorio del Indecopi las dicta en calidad de mandatos, las que también pueden ser de oficio (art. 114 del Código del Consumidor). No se trata de una lista taxativa (cerrada) sino abierta en tanto la técnica legislativa incluye los sintagmas de “otras medidas reparadoras análogas” (art. 115) y “cualquier otra medida” (art. 116). No obstante, no todas las medidas correctivas tienen por objeto la tutela material preventiva.

Antes bien, como ya se ha dicho *supra*, el procedimiento colectivo regulado en el Código del Consumidor es –también– sancionador. En este sentido, para que se dé el dictado de medidas correctivas, previamente el órgano resolutorio del Indecopi debe declarar la responsabilidad administrativa del proveedor (empresa o persona natural con actividad comercial). Esta responsabilidad se verifica con el incumplimiento de las normas materiales de protección a los consumidores y usuarios, salvo ruptura del nexo causal por caso fortuito

o fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del consumidor afectado (art. 104 del Código del Consumidor)⁵⁸.

Si las medidas correctivas son parte del contenido de la decisión final, entonces son técnicas procesales conforme se ha descrito *supra*. Según se distingan, parte de estas técnicas procesales posibilitan las dos formas de tutela preventiva (tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito). Sin embargo, al constituir técnicas dadas al final del procedimiento colectivo no constituyen el objeto de la presente tesis, en comparación con la técnica de anticipación de la tutela. Por lo cual, su análisis importará no tanto por la oportunidad de su dictado (factor tiempo) sino de su contenido (tutela específica).

2.1 MEDIDAS CORRECTIVAS REPARADORAS

Las medidas correctivas *reparadoras* no tienen por objeto la tutela material preventiva (inhibitoria y de remoción del acto ilícito). Su objeto es la tutela resarcitoria –parcial– ya que se dirige a “resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior” (art. 115.1 del Código del Consumidor)⁵⁹. Sin embargo, como se advirtió en su momento, podría afirmarse que tendría por objeto la tutela preventiva *indirecta* ya que está dirigida a cesar la permanencia del daño o evitar que se ocasionen otros daños.

De todos modos, la categoría de *daño* –propiamente dicha– no tiene relación con el derecho supraindividual sino con la de los intereses individuales homogéneos, de allí que en la decisión final del caso se individualice a quienes hayan resultado dañados. En contraste,

⁵⁸ Respecto del artículo 104 del Código “la (...) coordinada legislativa establece correctamente la presunción de responsabilidad del proveedor, la cual será disuelta si se acreditan supuestos de ruptura del nexo causal o (como prefiere autorizada doctrina francesa) ‘causa extraña o ajena’” (Espinoza, 2012, p. 225).

⁵⁹ “(...) no se entiende esta confusa distinción, por cuanto la forma de definir a las medidas correctivas reparadoras es la misma de un **daño emergente**” (Espinoza, 2012, p. 238).

respecto de las decisiones dictadas en los procesos colectivos donde el objeto sustancial sea exclusivamente el derecho supraindividual se ha dicho que

(...) la titularidad de esta tipología de intereses [reside] en el grupo social afectado, pero no en cada uno de los sujetos que lo integran, de modo que la resolución que ponga fin al proceso afectará, con base en el carácter indivisible del interés tutelado, al grupo en su conjunto. (Sande, 2018, p. 280)

En la lista abierta de medidas correctivas contenidas en el artículo 115.1 –literales a, b, c, d, e y f– del Código del Consumidor, las hipotéticas órdenes del órgano resolutorio del Indecopi hacia el proveedor siguen una lógica subsidiaria:

- (i) En los casos de productos averiados, la primera medida es la orden de reparación del producto (literal a); si la reparación no es posible o no resulta razonable, entonces sigue el cambio del producto por otro idéntico o similar –reposición– (literal b).
- (ii) En los casos de pérdida o deterioro de productos atribuible al proveedor, la medida es la orden de entregar un producto de idénticas características –reposición incondicional–; si esto no fuera posible, uno de similares características y siempre que exista interés del consumidor –reposición condicional– (literal c).
- (iii) En el caso de prestaciones y obligaciones asumidas –contractuales–, la orden consiste en el cumplimiento de ejecutarlas; si esto no es posible o no resulta razonable, la orden consiste en el cumplimiento de *otra* prestación u obligación de *efectos equivalentes*, incluyendo prestaciones dinerarias (literal d).
- (iv) En el caso de prestaciones u obligaciones legales o convencionales, la orden consiste en el cumplimiento de *otras* prestaciones u obligaciones legales o convencionales (literal e).
- (v) Si no resulta posible o razonable la reparación (literal a), reposición (literales b y c) o cumplimiento de ejecutar la prestación u obligación (literales d y e), entonces la

medida consiste en la orden de *devolver* la contraprestación pagada por el consumidor más los intereses legales.

De otro lado, en los supuestos de hecho contenidos en el literal g) del artículo 115.1 del Código del Consumidor, la lógica de las medidas no es subsidiaria sino directa. Así, en el supuesto de pago indebido –no debió hacerse el pago–, la medida consiste en la orden de devolución de la totalidad del pago. Y, en el supuesto de pago en exceso –el pago es debido pero la cuantía no–, la medida consiste en la orden de devolución de la cantidad excedente luego de deducir lo debido.

En el supuesto de hecho del literal h) del artículo 115.1 del Código del Consumidor, la medida consiste en la orden de pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa. Es la única medida que puede solicitarse de forma conjunta o acumulada con una de las medidas correctivas anteriores. Por ejemplo, el afectado puede solicitar la reparación del producto (literal a) y, en forma conjunta, el pago de los gastos incurridos. Para que la autoridad ordene esta medida correctiva, el afectado debe probar con elementos incorporados al proceso, aquellos gastos irrogados.

Se podría analizar más el contenido de las medidas correctivas reparadoras pero no es el objeto de esta tesis en tanto que no expresa ninguna tutela preventiva *directa*. Su régimen legal está disciplinado en los diversos numerales del artículo 115 del Código del Consumidor: Momento de su solicitud y variación (art. 115.3), probanza (art. 115.4), entrega de bienes o montos (art. 115.5), constitución de título ejecutivo y legitimidad para obrar (art. 115.6) y su naturaleza –supuestamente– no indemnizatoria (art. 115.7)⁶⁰. Por tanto, el interesado se podrá remitir a ellos.

⁶⁰ “Parece que la línea divisoria entre una medida correctiva y una indemnización en forma específica por daño emergente es bastante tenue y podría confundirse. No se debe olvidar que la función del resarcimiento en manera específica no se agota en el hecho que las cosas vuelvan a su estado anterior,

2.2 MEDIDAS CORRECTIVAS COMPLEMENTARIAS

De otro lado, están las denominadas medidas correctivas *complementarias* contenidas en el artículo 116 del Código del Consumidor. Estas medidas tienen dos objetos según la interpretación del texto del artículo 116 primer párrafo y literal f, las cuales encajan respectivamente en la tutela preventiva de remoción y tutela preventiva inhibitoria en la modalidad de impedir la repetición, a saber:

- (i) Revertir los efectos de la conducta, o
- (ii) Evitar que la conducta se produzca nuevamente en el futuro.

Si consideramos las modalidades de acción ilícitas y omisión en sistemática con el objeto de las tutelas preventivas –inhibitoria y de remoción–, entonces se obtienen estas inferencias. Primero, el objeto de un proceso colectivo consistente en la “reversión de los efectos de la conducta”, tiene como hecho constitutivo una acción instantánea ilícita de efectos permanentes o más de una (tutela preventiva de remoción). Segundo, el objeto de un proceso colectivo consistente en “evitar que la conducta se produzca nuevamente en el futuro”, tiene como hecho constitutivo una (i) acción instantánea ilícita, (ii) acción continuada ilícita, u (iii) omisión ilícita, o más de una, que han *cesado* (tutela preventiva inhibitoria).

A partir de una interpretación aislada del primer párrafo y literal f del artículo 116 del Código del Consumidor, no sería posible obtener la inferencia de un proceso colectivo que tenga por objeto “cesar una o más acciones permanentes ilícitas u omisiones en curso”. Sin embargo, en la lista abierta de los demás literales del artículo 116 del Código del Consumidor, sí se

sino que incluye supuestos dirigidos a aliviar o satisfacer la situación del dañado. La medida correctiva es una sanción administrativa que busca (sólo) tratar que las cosas vuelvan a su estado anterior. No hay usurpación de funciones del Poder Judicial: tan cierto es ello que cualquiera de las partes involucradas podría contradecir judicialmente, agotada la vía administrativa previa, el mandato de cumplir con la medida correctiva” (Espinoza, 2012, p. 226).

puede obtener aquella inferencia de modo más que suficiente. Más adelante, se analizará a detalle.

Además, en interpretación sistemática, la regla del artículo 109 del Código del Consumidor establece que una decisión cautelar puede consistir en la “cesación de los actos materia de denuncia” (literal a). En este sentido, si mediante una decisión cautelar se pueden cesar acciones ilícitas, *a fortiori* (a mayor razón) mediante la decisión final se podrá cesar aquellas mismas acciones ilícitas. Por tanto, de una interpretación sistemática del Código del Consumidor, se obtiene la inferencia de un proceso colectivo que tiene por objeto cesar una o más acciones permanentes ilícitas u omisiones en curso.

La lista *abierta* de medidas correctivas complementarias del artículo 116 del Código del Consumidor es la siguiente:

- a. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.
- b. Declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento.
- c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas.
- d. En caso de infracciones muy graves y de reincidencia o reiterancia:
 - (i) Solicitar a la autoridad correspondiente la clausura temporal del establecimiento industrial, comercial o de servicios por un plazo máximo de seis (6) meses.
 - (ii) Solicitar a la autoridad competente la inhabilitación, temporal o permanente, del proveedor en función de los alcances de la infracción sancionada.
- e. Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine el Indecopi, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado.

Como se anticipó, el procedimiento colectivo tiene, entre otros, por objeto cesar una o más acciones ilícitas u omisiones en curso. Así, la orden del órgano resolutorio del Indecopi consistente en que el proveedor atienda una solicitud de información (literal a), tiene por objeto *cesar* con la omisión de atender tal solicitud.

Así también, la declaración del órgano resolutorio del Indecopi consistente en la inexigibilidad de una cláusula abusiva (literal b) tiene por objeto cesar con tal acción permanente ilícita. La profesora Ariza (2012) puntualiza que “en materia de condiciones generales o cláusulas predispuestas, se trata de obligar al demandado a no utilizar determinada cláusula, eliminándola de los contratos o dejando de recomendarla” (p. 141). No se excluye la subpretensión que tiene por objeto evitar la repetición de esta acción permanente ilícita, mediante la orden de abstenerse de hacerlo en el futuro (prohibición futura).

Las órdenes de decomiso y destrucción de mercadería, envases, envolturas o etiquetas (literal c), tienen doble objeto. Como pretensión principal, la orden de decomiso tiene por objeto cesar acciones permanentes ilícitas como la venta de mercadería y envases, o exhibición de envolturas o etiquetas de productos. Y, como subpretensión, la orden de destrucción tiene por objeto evitar que tales acciones ilícitas se repitan en el futuro (orden de prohibición futura).

Luego, las solicitudes dirigidas a la autoridad competente del literal d) del artículo 116 del Código del Consumidor también tienen doble objeto. La solicitud a la autoridad competente de clausura temporal de seis meses del establecimiento, tiene por objeto cesar una o más acciones permanentes ilícitas, p. ej. ofertar el servicio educativo superior sin licencia de la autoridad; el mismo objeto tiene la solicitud de inhabilitación temporal del proveedor. Luego, la solicitud a la autoridad competente de inhabilitación permanente del proveedor, tiene por objeto evitar que la acción ilícita se repita en el futuro (prohibición futura).

Así también, las órdenes de publicación de avisos rectificatorios o informativos (literal e) tienen objetos diversos en opinión del tesista. La orden de publicación de uno o más avisos *rectificatorios* tiene por objeto revertir los *efectos* de acciones instantáneas con efectos permanentes u omisiones ilícitas. En cambio, la orden de publicación de uno o más avisos *informativos* tiene por objeto evitar la repetición en el futuro de tal acción instantánea o cualquier otra acción permanente, continuada u omisión ilícitas. Ambos objetos pueden pretenderse de forma conjunta y sucesiva.

De los literales del artículo 116, es complicado obtener la inferencia de un proceso colectivo que tenga por objeto “impedir la práctica de una acción ilícita –de cualquier modalidad– u omisión *inéditas*”, esto es, acciones ilícitas u omisiones que nunca antes han ocurrido (tutela preventiva inhibitoria en la modalidad pura). Para obtener tal objeto, se debe recurrir a otra regla: artículo 107 del Código del Consumidor (postulación del proceso). Este preceptúa que el proceso se puede iniciar por una *potencial afectación*. Esto supone que el hecho constitutivo es la *amenaza* de una acción ilícita –de cualquier modalidad– u omisión que nunca antes ha ocurrido, en perjuicio de un derecho supraindividual.

Sin embargo, aquella interpretación no es pacífica ni mucho menos está exenta de objeciones como las siguientes:

- (i) El artículo 107 no autorizaría el inicio de un procedimiento *colectivo* por una potencial afectación en tanto la regla únicamente alude a *un* consumidor potencialmente afectado, por tanto el procedimiento únicamente puede ser de interés o derecho individual, mas no supraindividual (objeción débil).
- (ii) La *potencial* afectación de un derecho supraindividual protegido expresamente en el Código del Consumidor, *puede* deberse al incumplimiento de otras normas de protección de sectores regulados o supervisados por otras entidades administrativas.

En este sentido, la competencia no le corresponde al Indecopi; por tanto, no se puede iniciar un procedimiento colectivo en el marco del Código del Consumidor (objeción fuerte).

Respecto de la objeción débil, es tal porque puede ser derrotada mediante un razonamiento lógico-jurídico. Si un consumidor puede pedir tutela ante la potencial afectación a su derecho individual según la regla del artículo 107 del Código del Consumidor, entonces *a fortiori* (a mayor razón) una asociación de consumidores legitimada puede pedir tutela ante una potencial afectación de derechos supraindividuales. Con el inicio de un proceso colectivo, el pedido de tutela de una asociación de consumidores beneficia al grupo cuyos miembros son consumidores individuales.

Sobre la objeción fuerte, se puede tratar de explicar ello a partir de lo que en el aparatado anterior se ha denominado como *desjudicialización*. Este fenómeno ha implicado que diversas entidades de la administración pública tengan entre sus competencias la regulación –en sentido estricto– o fiscalización de determinadas materias y sectores que también buscan proteger a los consumidores y usuarios. El Indecopi sería apenas una de aquellas tantas entidades. Y es que se ha reiterado la directriz de que la protección a los consumidores es una política transversal que involucra a todos los poderes públicos.

Lo anterior quiere decir que, para neutralizar la *potencial* afectación de un derecho supraindividual –a pesar de estar reconocido en el Código del Consumidor–, no hace falta iniciar un procedimiento colectivo en el marco del Código del Consumidor. La lógica es que no toda *potencial* infracción a las normas del Código del Consumidor, constituye competencia del Indecopi. Esto ha sido sostenido por la actual conformación de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en diversas resoluciones, que se analizará más adelante.

En suma, según la tutela preventiva que se busca obtener, constituyen pacíficamente objetos del procedimiento colectivo regulados en el Código del Consumidor:

- (i) Revertir los efectos de la conducta.
- (ii) Evitar que la conducta –acción u omisión ilícitas ya cesada– se produzca nuevamente en el futuro.
- (iii) Cesar una o más acciones permanentes ilícitas u omisiones en curso

De otro lado, la asociación de consumidores legitimada puede pedir como pretensiones accesorias que el órgano resolutorio ordene la entrega de un porcentaje de la multa impuesta y el reembolso de costas y costos. Más adelante, se detallarán los requisitos para la procedencia y fundabilidad de estos pedidos accesorios.

En cambio, la asociación no tiene legitimidad para pedir la imposición del tipo de sanción (amonestación o multa) ni la cuantía. Si se prueba el acto ilícito, únicamente el órgano resolutorio decidirá si impone o una amonestación o una multa (dos únicas especies de sanciones normadas en el Código del Consumidor). De ser la multa, solo la autoridad determina la cuantía. Este poder, no obstante, no es discrecional del órgano resolutorio sino que debe justificar su decisión según las normas de clasificación de infracciones –leve, grave y muy grave– y criterios de graduación, agravantes y atenuantes contenidos, respectivamente, en los artículos 110 y 112 del Código del Consumidor.

Hasta ahora, se ha estado hablando de aquello que puede pedir el legitimado en el procedimiento colectivo; sin embargo, se ha dicho muy poco sobre quiénes son los legitimados activos. En el siguiente apartado, se describirá con más detalle.

3. LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA PARA OBRAR ACTIVA

Para Didier y Zaneti (2019), “[e]xiste legitimación extraordinaria cuando se atribuye a un ente el poder de conducir válidamente un proceso en el que se discute una situación jurídica cuya titularidad afirmada es la de otro sujeto” (p. 214). Si bien las características pueden variar en cada ordenamiento jurídico, es posible enunciar las siguientes: está regulada; es otorgada a entes públicos, privados y sin personalidad jurídica, e incluso al ciudadano en la acción popular; y el legitimado colectivo actúa en la defensa de derechos que pertenecen a una agrupación humana (Didier y Zaneti, 2019, pp. 221 y 222).

En el procedimiento colectivo regulado en el Código del Consumidor, las únicas instituciones con legitimación extraordinaria para obrar activa son las asociaciones de consumidores y los órganos funcionales del Indecopi actuando de oficio, p. ej. la Secretaría Técnica (art. 129 del Código del Consumidor). En adelante, se tratará sobre cada una de ellos.

3.1 ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

La asociación de consumidores está legitimada para denunciar actos ilícitos –acciones y omisiones– y pedir tutela en tres supuestos. Primero, en legitimación extraordinaria de los derechos supraindividuales –colectivo o difuso– de los consumidores; en este supuesto se trata de un proceso o *procedimiento colectivo*. Segundo, en representación de sus asociados. Tercero, en representación de sus poderdantes. En el segundo y tercer supuestos, no se trataría de procedimientos colectivos en tanto se sustancian controversias de derechos individuales salvo que sean miembros de un grupo titular de derechos supraindividuales.

Las asociaciones de consumidores se constituyen de conformidad con las normas del Código Civil; su finalidad es proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios (art. 153.1 del Código del Consumidor). Deben estar debidamente reconocidas por

el Indecopi mediante su inscripción en el Registro Oficial de Asociaciones de Consumidores a cargo de la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor –en adelante, DPC– del Indecopi (art. 155 del Código del Consumidor).

El proceso de inscripción está normado por la Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi n.º 283-2013-INDECOPI/COD que aprobó la Directiva 009-2013/DIR-COD-INDECOPI Normas sobre registro, reconocimiento y participación de las asociaciones de consumidores en los procedimientos sobre defensa de los derechos de los consumidores y su modificatoria –en adelante, la Directiva 009-2013/DIR-COD-INDECOPI–.

La asociación interesada presenta su solicitud con los siguientes requisitos ante la DPC (art. 8 de la Directiva 009-2013/DIR-COD-INDECOPI):

- a) Ficha de Inscripción debidamente completada (Anexo N° 1).
- b) Copia Literal de la Partida Registral que acredite la inscripción ante Registros Públicos.
- c) Copia Simple de la Escritura Pública de la Asociación de Consumidores.
- d) Declaración Jurada de cada uno de los miembros del Consejo Directivo en la que manifiestan no haber sido condenados o sentenciados judicialmente por la comisión de delitos.
- e) Copia del Libro de Registro correspondiente a los asociados con los que cuenta, de acuerdo a lo establecido en el Código Civil.

Adicionalmente, la denominación y/o siglas de las asociaciones de consumidores no deberán generar confusión en el público respecto de su vinculación con alguna entidad estatal, privada o internacional.

La DPC posee un plazo de quince (15) días hábiles para verificar el cumplimiento de los requisitos de no haber observación (art. 9 de la Directiva n.º 009-2013/DIR-COD-INDECOPI). Si esto es así, la DPC inscribirá de manera automática a la asociación de

consumidores en el Registro Oficial y le remite la constancia de reconocimiento (art. 10 de la Directiva n.º 009-2013/DIR-COD-INDECOPI). Hasta la presente fecha, 78 asociaciones de consumidores yacen inscritas en el Registro Oficial de Asociaciones de Consumidores (Indecopi, 2019).

A partir de allí, las asociaciones de consumidores tienen la facultad para interponer denuncias en legitimación de derechos supraindividuales –derecho difuso y colectivo– ante la Comisión de Protección al Consumidor. También pueden hacerlo ante otras cuatro comisiones siempre en legitimación del interés colectivo y difuso: Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, Comisión de Defensa de la Libre Competencia y Comisión de Eliminación de Barreras No Arancelarias (art. 3 de la Directiva n.º 009-2013/DIR-COD-INDECOPI). Por tanto, se ha asimilado al modelo alemán de la *verbandsklage* expuesto *supra*.

Es particular el reconocimiento hacia las asociaciones de consumidores respecto de su legitimidad para solicitar tutela ante condiciones generales de contratación y cláusulas en contratos de adhesión que revistan carácter de abusivas. La asociación no está compelida a probar la afectación concreta por las condiciones generales o cláusulas abusivas, basta que exprese las razones de la ilicitud (abusividad). En cambio, un consumidor o usuario individual sí debe probar la afectación concreta, bajo sanción de improcedencia por carecer de un interés de tutela.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución n.º 1408-2020-SPC-INDECOPI, declaró improcedente la denuncia de cuatro estudiantes sobre una cláusula abusiva contenida en un reglamento en tanto no verificó una *aplicación* concreta (fundamento 40). Sin embargo, en el mismo caso acumulado, la Sala precisó que:

(...) cabe indicar que Acurea [asociación de consumidores], a diferencia de los denunciantes, actúa en el presente procedimiento en tutela del interés colectivo de los consumidores en su calidad de asociación de consumidores, por lo que supera los filtros referidos a la procedencia de la denuncia antes señalados, correspondiendo que esta Sala analice el fondo de la controversia y emita el pronunciamiento respectivo. (Fundamento n.º 43)

De otro lado, las asociaciones inscritas pueden celebrar convenios de cooperación institucional con el Indecopi y los organismos reguladores (art. 156 del Código). Los requisitos para aquellas son los siguientes (art. 19 de la Directiva n.º 009-2013/DIR-COD-INDECOPI):

- a) Contar como mínimo con un año desde su incorporación al Registro Oficial de Asociaciones de Consumidores.
- b) Haber realizado actividades en favor de los consumidores durante el año anterior a la solicitud del Convenio de Cooperación Interinstitucional.
- c) Haber presentado los Informes Anuales, de acuerdo a la fecha de reconocimiento de la organización y conforme al plazo establecido en la presente Directiva.
- d) No haber sido sancionada por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor en los últimos dos años.

La suscripción del convenio implica que la asociación de consumidores pueda solicitar el otorgamiento de un porcentaje de las multas administrativas en los procedimientos colectivos, que no excederá del 50% del total. Se pueden dividir en dos: (a) Un máximo del 5% puede ser utilizado para su funcionamiento y (b) el resto debe ser utilizado para implementar acciones específicas de promoción y defensa de los intereses de los consumidores (art. 156.2 del Código). Ambos constituyen fondos públicos supervisados por la Contraloría General de la República.

El primer monto está normado por el Decreto Supremo n.º 032-2011-PCM Decreto Supremo que aprueba el Reglamento sobre condiciones del destino del monto para el funcionamiento

de las asociaciones de consumidores –en adelante, Decreto Supremo 032-2011-PCM–. Específicamente, se refiere a solventar gastos relativos a las acciones de información y representación de los consumidores y usuarios, o en gastos corrientes; en todo caso, en el convenio se deberá especificar (art. 2).

El segundo monto está normado por la Directiva 009-2013/DIR-COD-INDECOPI. Su destino será únicamente la ejecución de actividades de investigación, información, educación y elaboración de publicaciones. Si bien en las resoluciones de los procedimientos colectivos se entrega el porcentaje; en realidad, las asociaciones deben seguir un ulterior procedimiento para la solicitud de entrega de fondos, normada en la sección VI de la citada Directiva.

La asociación de consumidores pide también el reembolso de costas y costos. Este pedido tiene la finalidad de que si el proveedor es vencido en el procedimiento colectivo, el órgano resolutorio ordene que le reembolse a aquella las costas –tasas administrativas y otros– y costos –honorarios de abogados– incurridos. Ahora bien, esta orden o mandato no implica el reembolso de forma inmediata. La asociación debe iniciar un procedimiento ulterior denominado “liquidación de costas y costos” (art. 106 literal g del Código del Consumidor).

3.2 ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI

El órgano funcional del Indecopi con legitimidad para obrar activa es la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor n.º 3 de la sede central. Así también, tienen legitimidad para obrar activa las secretarías técnicas de las Oficinas Regionales del Indecopi en las cuales el Consejo Directivo del Indecopi haya desconcentrado la competencia de la Comisión de Protección al Consumidor para el conocimiento de materia de protección al consumidor.

En principio, las secretarías técnicas del Indecopi –como órganos de apoyo de la Comisión de Protección al Consumidor– califican la denuncia de una asociación de consumidores y dirigen el procedimiento. No obstante, por propia iniciativa, puede iniciar un procedimiento de naturaleza colectiva o continuarlo de oficio cuando considere que se puede estar afectando el interés colectivo de los consumidores (art. 129, segundo párrafo, del Código del Consumidor).

4. LEGITIMACIÓN PASIVA Y OTRAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN

En principio, el proveedor de productos y servicios es el que tiene legitimidad para obrar pasiva dentro del procedimiento colectivo. No obstante, el estándar de gravedad del caso concreto puede implicar que la asociación de consumidores solicite el emplazamiento de los administradores de los proveedores; el mismo emplazamiento puede realizar la Secretaría Técnica en los procedimientos colectivos de oficio.

4.1. PROVEEDOR DE PRODUCTOS Y SERVICIOS

Los proveedores son personas naturales o jurídicas, de Derecho público o privado, que de manera habitual ofertan productos y servicios. En el Código del Consumidor, se ha dispuesto un listado enunciativo de quiénes lo son según la cadena de producción (art. IV.2 del Título Preliminar):

1. Distribuidores o comerciantes.– Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.
2. Productores o fabricantes.– Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.
3. Importadores.– Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.

4. Prestadores.– Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores.

Según el texto legal, parece sencillo identificar a un proveedor cuando se trata de personas naturales y jurídicas de Derecho privado. Sin embargo, no se distingue con facilidad cuándo se está ante un proveedor de Derecho *público*. Esto porque de acuerdo al modelo económico de la Constitución de 1993, el Estado peruano únicamente realiza actividad empresarial de forma subsidiaria (art. 60 de la Constitución).

En 2006, cuando estaba vigente el Decreto Legislativo n.º 716 Ley de Protección al Consumidor que también contenía el supuesto de personas jurídicas de Derecho público, un estudiante denunció a la Universidad Nacional Federico Villarreal. Él manifestó que se matriculó en un curso de actualización para la obtención del título profesional por el costo de S/ 2 800.00 cuyo monto de la segunda cuota le pagó a la asistente del curso quien le emitió un recibo; no obstante, la Universidad le indicó que tal pago nunca se realizó y el recibo fue falso.

La Comisión de Protección al Consumidor declaró fundada la denuncia contra la Universidad; la sancionó con 0.5 UIT, le ordenó que le devuelva la primera cuota más costas y costos. La Universidad apeló manifestando que el Indecopi no era competente para pronunciarse sobre el presente caso pues de conformidad con el criterio establecido en la Resolución n.º 391-2007/TDC-INDECOPI, los servicios educativos ofrecidos por universidades públicas estaban fuera del alcance de las normas de protección al consumidor. No obstante, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución n.º 1066-2007/TDC-INDECOPI, confirmó la resolución de primer grado en todos sus extremos.

La Universidad interpuso demanda judicial contra la decisión del Tribunal. La Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo del Poder Judicial declaró fundada la

demanda. En consecuencia, declaró nula la resolución del Tribunal y le ordenó que vuelva a emitir un pronunciamiento en el cual motive el cambio de criterio respecto de la Resolución n.º 391-2007/TDC-INDECOPI en la cual se concluyó que el Indecopi no era competente para conocer sobre servicios educativos de una Universidad pública y en la Resolución n.º 1066-2007/TDC-INDECOPI concluyó que sí lo era. La Corte Suprema confirmó esta decisión.

En cumplimiento de lo anterior, la ya denominada Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, la Sala), mediante Resolución n.º 3451-2014/SPC-INDECOPI de fecha 13 de octubre de 2014, distinguió entre actividades empresariales y asistenciales prestadas por entidades públicas (fundamentos n.º 18 y 19):

En conclusión, si bien el artículo 1º del Decreto Legislativo 716 establece su aplicación a personas de derecho público, el artículo 2º [establece que] ello sólo tendrá lugar en los casos en que dichas personas actúen como agentes económicos en el mercado y, en ese contexto se sometan a la legislación aplicable. Son ejemplos de tales actuaciones, la venta de libros, la prestación de servicios técnicos (como ocurre en el caso de servicios de análisis prestados por las universidades), la venta de prendas de vestir, la oferta de cursos de postgrado o especialización, entre otros. En todos estos casos, subyace una situación de competencia integral con las prestaciones de los demás agentes económicos por la captación de nuevos clientes.

Así, la aplicación del Decreto Legislativo 716 requiere discriminar en cada caso la naturaleza de las prestaciones comprometidas, pues existen servicios que el Estado está obligado a brindar para garantizar el acceso a la salud pública, la educación, la previsión social con miras a garantizar niveles mínimos de bienestar social y por las que no percibe una contraprestación ajustada a un valor de mercado. En todos estos casos se está frente a servicios sociales o asistenciales en los que no resulta aplicable el Decreto Legislativo 716, por cuanto tales servicios no los presta el Estado como un agente económico del mercado. Debe aclararse que la condición en que el Estado presta estos servicios no varía por la apreciación que los consumidores poseen sobre

los mismos, resultando por ello irrelevante que no se diferencien materialmente de aquellos que podrían ser prestados por los agentes económicos, pues estos sí operan en el mercado y acceden libremente a él para desarrollar sus actividades en condiciones de competencia, situación que no se da en el caso del Estado.

En el caso concreto, la Sala manifestó, mediante la citada Resolución n.º 3451-2014/SPC-INDECOPI, que la referida Universidad pública prestaba servicios sociales en cuanto a la educación de pregrado la cual es gratuita a pesar del pago de una tasa (fundamento n.º 22). No obstante, cuando ofrece servicios de postgrado, cursos de titulación o especialización cobra una retribución, distinta a la tasa; por lo cual compete (concorre) en el mercado como cualquier proveedor privado (fundamento n.º 24). Así, la Sala concluyó que las normas de protección al consumidor le eran aplicables a la Universidad pública en tanto proveedor.

4.2. ADMINISTRADORES DE LOS PROVEEDORES

Los administradores de los proveedores también pueden ser emplazados en el procedimiento colectivo (art. 111 primer párrafo del Código del Consumidor):

Excepcionalmente, y atendiendo a la gravedad y naturaleza de la infracción, las personas que ejerzan la dirección, administración o representación del proveedor son responsables solidarios en cuanto participen con dolo o culpa inexcusable en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

No está de más la precisión de que esta norma puede hallar aplicación tanto en procedimientos de controversia individual⁶¹ como colectiva. Sin embargo, en razón del filtro de excepcionalidad dadas por las notas de gravedad y naturaleza de la infracción, hace que su invocación sea más plausible en un procedimiento en el cual se sustancie una controversia colectiva. Así, por ejemplo, el cobro indebido de S/ 0.50 céntimos por redondeo en perjuicio

⁶¹ Es el caso de un consumidor que denunció a Inmobiliaria & Construcción S.A.C y a su representante por no devolverle el monto de S/ 171 600.00 en tanto no cumplió con entregarle el inmueble al consumidor dentro del plazo pactado. La Sala, mediante la Resolución n.º 2418-2017/SPC-INDECOPI de fecha 9 de agosto de 2017, confirmó la decisión de primer grado que declaró la responsabilidad de los proveedores y del representante por culpa inexcusable.

de un consumidor particular podría no ser estimado como grave; la estimación cambia si esta práctica ha sido generalizada en perjuicio potencial de millones de consumidores.

En cuanto a la *gravedad*, conlleva una actitud valorativa. No ayuda mucho la norma contenida en el artículo 110 del Código la cual establece una clasificación trinaría de infracciones: leves (amonestación hasta 50 UIT), graves (hasta 150 UIT) y muy graves (hasta 450 UIT). Sería errónea la asunción de esta norma para valorar la gravedad; por ejemplo, quién dudaría de la gravedad de un caso de discriminación racial, no obstante las multas impuestas por Indecopi en estos casos no superan las 50 UIT.

Es cierto que la gravedad del acto ilícito –acción u omisión– se define en la etapa resolutive cuando la Comisión de Protección al Consumidor valore los medios probatorios e incidencias procesales, y resuelva la controversia. Esto implicaría que, en el supuesto de que la referida Comisión defina la gravedad lo cual es contingente, declare la responsabilidad solidaria del administrador en la misma etapa resolutive y no antes. No obstante, esta interpretación es incompatible con el derecho fundamental a la defensa previa e intempestiva que posee cualquier persona.

Es un deber considerar el ejercicio de la defensa previa de los administradores de los proveedores por otra notable razón. La Comisión, al haber definido la gravedad, declarará la responsabilidad solidaria siempre y cuando medie dolo o culpa inexcusable del administrador. Así, los administradores han de tener la oportunidad de ejercer su defensa de forma previa contradiciendo la imputación de dolo o culpa inexcusable, más aún cuando es latente la imposición de una multa de hasta cinco (5) UIT a cada uno.

Otra aclaración es importante. En el segundo párrafo de la norma contenida en el artículo 111 del Código, no se establece que únicamente se emplace a la persona que preside el

órgano de dirección o administración sino a todas las personas *integrantes* y *cada uno* de los representantes legales:

En los casos referidos en el primer párrafo, además de la sanción que, a criterio del Indecopi, corresponde imponer a los infractores, se puede imponer una multa de hasta cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Queda claro que la actitud valorativa de la gravedad no ha de situarse únicamente en la etapa resolutoria donde corresponde el análisis final. Ha de situarse en la etapa inicial o admisoria donde su análisis es de prognosis. Aquí le corresponde a la asociación de consumidores denunciante o al órgano de Indecopi en un caso de oficio explicitar las razones iniciales del porqué el caso sería grave y señalar los hechos concretos de participación de los administradores, además de solicitar su emplazamiento.

Lo anterior guarda conexión con el análisis de atender a la *naturaleza* de la infracción de la misma norma 111 del Código. Esto porque tal análisis no implica más una actitud valorativa sino la exposición de los hechos que realiza la asociación de consumidores accionante. Además, debe precisar qué modalidad de acto ilícito se trata: acción instantánea, continuada, permanente, instantánea con efectos permanentes u omisión. En este sentido, el órgano instructor lo deberá analizar en la etapa admisoria y no después.

Lo expuesto implica necesariamente que los administradores (representantes, directores y órganos) del proveedor y este tengan el mismo régimen procesal. El órgano instructor debe emplazar a ambos como denunciados con el correspondiente título de imputación en el cual describa los hechos de su participación y la calificación jurídica correspondiente. Así, pues, los administradores de los proveedores tienen legitimidad para obrar pasiva dentro del procedimiento colectivo.

Según los antecedentes de la Resolución n.º 3151-2018/SPC-INDECOPI, la Comisión de la Oficina Regional de Tacna imputó las conductas a los proveedores y a la gerente general en el mismo acto en la etapa admisorio (fundamento n.º 3). La gerente tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa de forma previa e intempestiva mediante la presentación de sus descargos (fundamento n.º 5). No obstante, la referida Comisión al haber declarado la responsabilidad de los proveedores también declaró la suya por culpa inexcusable (fundamento n.º 8). La Sala confirmó esta decisión.

En la misma Resolución n.º 3151-2018/SPC-INDECOPI, la Sala concluyó que:

(...) la culpa inexcusable del representante de un proveedor de productos o servicios en los términos del Código, se sustenta en un acto negligente que se caracteriza por la inobservancia de reglas básicas, ordinarias o esenciales del negocio de su representada, cuyo cumplimiento resultaba imprescindible para el desarrollo de su actividad económica y que, por ser inherentes a esta, se asume que cualquiera que se desenvuelva en dicha actividad, debía de acatarlas. (Fundamento n.º 27)

Ha de hacerse una observación final. Las diversas comisiones de protección al consumidor imputan a los administradores de los proveedores la presunta infracción del artículo 111 del Código. Aquí, ocurre un desconocimiento de la teoría general del Derecho. La norma contenida en el artículo 111 del Código no es una norma regulativa, esto es, no ordena, prohíbe ni permite conductas materiales; es una norma constitutiva, del tipo de *reglas que confieren poderes* (RCP) a la autoridad para emplazar y sancionar por excepción a los administradores.⁶²

El acto ilícito, esto es, el acto contrario a la norma material (la infracción) en el cual incurrió el proveedor (empresa) es el mismo acto (la misma infracción) en el cual debió incurrir su administrador. Por ejemplo, si el acto ilícito del proveedor consistió en la infracción de la

⁶² “Como normas constitutivas y no regulativas que son, las RCP no se obedecen/violan: no hay en ellas ningún deber –obligación o prohibición– susceptible de ser obedecido/violado” (Pérez, 2015, p. 34).

norma contenida en el artículo 19 del Código (norma material del deber de idoneidad), el administrador mediante sus propios actos ilícitos también infringió la misma norma material. Por tanto, es un error que los órganos resolutivos –Comisión y Sala– declaren que los administradores infringieron la norma 111 del Código.

5. COMPETENCIA PRIMARIA: INDECOPI

En el Perú, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante Indecopi) es competente para conocer las controversias supraindividuales de protección al consumidor. Es un organismo especializado con personería jurídica de derecho público interno que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa conforme a la norma contenida en el artículo 1 del Decreto Legislativo 1033 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Indecopi –en adelante, el Decreto Legislativo 1033–. Se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) del Poder Ejecutivo.⁶³

Así, el Indecopi es la entidad administrativa con *competencia primaria* y de alcance nacional respecto de las presuntas infracciones al Código del Consumidor, así como para imponer sanciones y medidas correctivas (art. 105 del Código del Consumidor). Esta competencia

⁶³ “Creo que es oportuno, además, contar cómo fue el nacimiento del INDECOPI, porque se han hecho afirmaciones poco exactas al respecto. Antes del golpe de estado de Fujimori, en el año 92, fue Ministro de Industrias el señor Jorge Camet –con el cual no tenía ninguna relación profesional o de amistad– quien, habiéndose enterado de que era profesor de la materia, pidió mi opinión sobre un proyecto de ley en el ámbito de la Propiedad Industrial, proyecto que había sido hecho por una organización empresarial. Fue así que le hice llegar mi opinión, *ad-honorem*, y entonces, me solicitó más al respecto. Reunido con él, le pregunté sobre cuál iba a ser el futuro del ITINTEC, y me respondió que creía que debía desaparecer. Le manifesté que me parecía un error y que, más bien, debía convertirse en una agencia estatal para el tema de la competencia y los derechos intelectuales. Le pareció interesante esta propuesta y fu así que tuvimos una segunda reunión. Poco después, se produjo el golpe de estado, con lo cual se terminaron las conversaciones.

Meses después, me llamó otra vez para tratar el tema, pero le advertí (y estaban sus asesores presentes) que sólo iba a conversar de la materia porque creía que podría crearse una institución muy importante para la economía y cultura del país, para su bienestar general; pero que tenía insalvables discrepancias con cualquier dictadura y con el gobierno de Fujimori. De esta forma se discutió el nacimiento de esta institución, del INDECOPI” (Kresalja, 2005, pp. 30 y 31).

solo puede ser *negada* mediante norma expresa con rango de ley, cuando tal competencia haya sido asignada a favor de otro organismo (art. 105 del Código del Consumidor). En otras palabras, el Indecopi es la autoridad nacional competente para conocer procedimientos colectivos, en principio, salvo disposición de rango legal que establezca un sentido distinto.

La conclusión arribada en el párrafo anterior no implica necesariamente un panorama prístino pues es posible la concurrencia de competencias entre el Indecopi y otro organismo o entidad en el ámbito preventivo. Así, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, la Sala), mediante la Resolución n.º 65-2019/SPC-INDECOPI de fecha 9 de enero de 2019, ha dicho que

(...) ante una posible concurrencia de competencias en el *ámbito preventivo*, es necesario que la Comisión verifique, antes de cualquier intervención, si el objetivo de garantizar la protección al consumidor ya se logra mediante la *regulación sectorial* cuya fiscalización ha sido encargada a otra autoridad, de modo que no se justifique la aplicación del Código ni tampoco la intervención del Indecopi. (Fundamento n.º 21).

Según opinión del tesista, cuando la Sala se refiere al *ámbito preventivo* va en el sentido de algún incumplimiento o inobservancia *pura* de la normativa sectorial existente y que, a su vez, no tiene ninguna incidencia contra las normas del Código del Consumidor. Si esto es así, en opinión del tesista, se debe indagar suficientemente lo siguiente:

- (i) Si existe la normativa sectorial en términos exhaustivos y típicos.
- (ii) Si efectivamente se trata de algún incumplimiento o inobservancia *pura* de aquella normativa sectorial, esto es, que no tenga ninguna incidencia hacia las normas del Código del Consumidor ni de los derechos supraindividuales de los consumidores.

- (iii) Si la normativa sectorial ha asignado expresamente a una autoridad administrativa, distinta al Indecopi, la fiscalización y control de determinadas materias a efectos de que el proveedor pueda obtener un título habilitante para acceder al mercado.

En la presente tesis, se ha reiterado que el titular del derecho supraindividual es el grupo o conjunto de consumidores y usuarios, por lo cual el derecho es indivisible. Así también, que este grupo o conjunto *preexiste* a la producción de la afectación concreta, por lo cual es un grupo o clase *potencialmente afectable* a partir de determinada conducta que configure un riesgo potencial (Corominas, 2015, p. 35). Es muy complicado que, en el llamado ámbito preventivo, cualquier inobservancia sectorial no tenga ninguna incidencia hacia las normas del Código del Consumidor ni del derecho supraindividual. Por tanto, el pronunciamiento de la Sala debe leerse cuidadosamente.

De otro lado, la Sala en el *ámbito* –ya no preventivo sino– de *lesiones efectivas* ha concluido, mediante la Resolución n.º 65-2019/SPC-INDECOPI, lo siguiente:

(...) la Sala reconoce la competencia del Indecopi para juzgar aquellos casos en los cuales se verifiquen *lesiones efectivas* a los derechos de los consumidores como consecuencia de la inobservancia de las normas sectoriales, pues, en estos casos, lo que el Indecopi sancionaría no sería, en estricto, la inobservancia de dichas disposiciones, sino el resultado lesivo producido en los consumidores por tal incumplimiento, siendo aquella normativa sólo un parámetro a tener en cuenta para verificar la responsabilidad del proveedor por no brindar un servicio idóneo en los términos del Código. (Fundamento n.º 23)

Del pronunciamiento citado, si bien la Sala diserta sobre la competencia del Indecopi en el sentido de competencia para sancionar, en esta tesis se le quiere observar en el sentido de competencia para tutelar. Además, debe advertirse que la expresión *lesiones efectivas* utilizada por la Sala no se identifica necesariamente con el *daño* (como lo entiende la doctrina del Derecho civil). En opinión del tesista, por la expresión de lesiones efectivas se

ha querido entender la incidencia que producen las acciones y omisiones ilícitas sobre los derechos supraindividuales, las cuales pueden remediarse predominantemente con la aplicación de técnicas adecuadas de la tutela preventiva (p. ej. orden de cesación).

Si, en oposición a lo sostenido, se dice que la expresión *lesiones efectivas* se refiere unívoca y necesariamente al *daño*, entonces ya no se estaría hablando de derechos supraindividuales –indivisibles– sino de derechos individuales homogéneos –divisibles–. De este modo, siendo coherentes, no podrían tener lugar las técnicas de la tutela preventiva sino las de la tutela resarcitoria. Y, la tutela resarcitoria *parcial* yace en la medidas correctivas reparadoras (art. 115 del Código del Consumidor). No obstante, como ya se anotó en el capítulo I, en el Código del Consumidor no se ha legislado la categoría de los derechos individuales homogéneos.

Tratar sobre la competencia del Indecopi no es un asunto baladí pues de ello depende la obtención de un pronunciamiento de fondo –anticipatoria o final– ante el pedido de tutela supraindividual. Aquí es donde podría dirigirse una crítica válida sobre la administrativización de la tutela de los derechos fundamentales, justamente en su dispersión. Más adelante, se tratará sobre la determinación de la competencia del Indecopi en tensión con otros organismos reguladores y entidades públicas.

Mientras tanto, en determinados ámbitos y materias, el Indecopi es pacíficamente competente; por lo cual, se debe indicar cuántos y cuáles son los órganos intervinientes. Así, como órgano instructor está la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor. Y, como órganos resolutivos son competentes la Comisión de Protección al Consumidor en primer grado, y la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en segundo grado.

5.1. ÓRGANO INSTRUCTOR: SECRETARÍA TÉCNICA

La Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor –en adelante, la Secretaría Técnica– es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instrucción en el procedimiento colectivo. Así, en el procedimiento colectivo reglado en el Código del Consumidor se establece la debida separación entre quien instruye y quien resuelve. Por tanto, se cumple con el debido procedimiento (art. 248.2 del Decreto Supremo 004-2019-JUS que aprueba el TUO de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General).

5.2 PRIMER GRADO: COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La Comisión de Protección al Consumidor –en adelante la Comisión– tiene la competencia en primer grado. Está integrada por cuatro (4) miembros los cuales eligen a su presidente y vicepresidente. Su decisión es apelable.

El Consejo Directivo del Indecopi, mediante acuerdo, puede desconcentrar la competencia de la Comisión central en las comisiones de las oficinas regionales que constituya para tal efecto, también puede crear comisiones adicionales o desactivarlas según los indicadores de la carga procesal (art. 34.1 del Decreto Legislativo 1033).

En la sede central del Indecopi de la ciudad de Lima, están las siguientes comisiones (Indecopi, 28 de mayo de 2019):

- (i) Comisión de Protección al Consumidor n.º 1: Resuelve los procedimientos en materia de servicios financieros bancarios y no bancarios, mercado de valores y de seguros presentados por usuarios ante la mesa de partes de Indecopi.
- (ii) Comisión de Protección al Consumidor n.º 2: Resuelve procedimientos de materias distintas a la anterior, presentados por consumidores individuales y asociaciones de consumidores.

- (iii) Comisión de Protección al Consumidor n.º 3: Resuelve procedimientos de distintas materias pero únicamente iniciados de oficio por el mismo Indecopi en trabajo articulado con su Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

En la actualidad, el Indecopi cuenta con trece (13) comisiones adscritas a las Oficinas Regionales del Indecopi (ORI) y la sede de Lima Norte que tienen competencia para resolver procedimientos colectivos de los consumidores (Indecopi, 28 de mayo de 2019).

Tabla 4

Comisiones de Protección al Consumidor del Indecopi en provincias

Sedes	
1	ORI Piura
2	ORI La Libertad
3	ORI Lambayeque
4	ORI Chimbote
5	ORI Ica
6	ORI Arequipa
7	ORI Tacna
8	ORI San Martín
9	ORI Junín
10	ORI Cusco
11	ORI Puno
12	ORI Loreto
13	Indecopi Sede Lima Norte
Total: Trece Comisiones	

5.3 SEGUNDO GRADO: SALA ESPECIALIZADA EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual –en adelante la Sala– tiene la competencia de segundo grado y su decisión sobre el fondo agota la vía administrativa. Está integrada por cinco (5) vocales cuya conformación, según el Decreto Legislativo 1033, debe procurar un colegiado multidisciplinario (art. 12.2).

Las resoluciones emitidas por la Sala se ejecutan inmediatamente a pesar de que el interesado haya interpuesto la demanda judicial (art. 19.2 del Decreto Legislativo 1033). En el caso de que la Sala imponga o confirme total o parcialmente la determinación de una obligación, la demanda en el proceso contencioso administrativo suspenderá la ejecución coactiva únicamente si su cumplimiento es garantizado mediante carta fianza (19.3 Decreto Legislativo 1033).

5.4 DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI

5.4.1 EN EL ÁMBITO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

La eliminación de monopolios estatales mediante la privatización, ha reducido la presencia directa del Estado en la actividad económica. Sin embargo, el modelo económico requiere de la intervención pública, esta vez, con distinto tamiz. Así, la actual intervención pública se caracteriza por ser indirecto mediante la imposición de obligaciones jurídicas, subsidiario cuando la competencia entre particulares no satisface el interés general, complementario al mercado, objetivo en la definición del *interés general* y maleable a la evolución y exigencia de los usuarios (Montero, 2013, pp. 83-85).

Además del instrumento de la defensa de la competencia⁶⁴, se ha introducido un nuevo instrumento: La regulación económica. Esta se define como “el control continuo y concertado que realizan las autoridades públicas en el mercado, mediante la imposición de obligaciones jurídicas a los privados con la finalidad de garantizar la adecuación del funcionamiento del mercado a los objetivos del interés general” (Montero, 2013, p. 97). La regulación se distingue de las normas de defensa de la competencia por su carácter prescriptivo, específico para un sector y por su aplicación *ex ante* (Montero, 2013, p. 104).

Se debe distinguir entre regulación económica y regulación social. La primera toma decisiones sobre variables económicas esenciales como los precios –tarifas– o inversiones; se le puede denominar como “regulación contra la competencia”. La segunda obliga a los agentes económicos a hacer determinadas cosas que no tienen que ver con variables económicas –a pesar de que tienen consecuencias económicas– como exigir calidades o servicios adicionales a favor de los consumidores y reducen la incertidumbre a los distintos operadores; se le puede denominar como “regulación que no afecta a la competencia”.

Así, es conveniente tratar sobre los organismos reguladores en sentido estricto según la Ley 27332 Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, Ley 27332). Los organismos reguladores están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera (art. 2).

Los organismos reguladores en el Perú son los siguientes según el artículo 1 de la Ley 27332:

- (i) Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran),

⁶⁴ “El objeto de estas normas no es la protección de la competencia en sí, sino la protección de los intereses de los usuarios” (Montero, 2013, p. 92).

- (ii) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel),
- (iii) Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, Minería e Hidrocarburos (Osinergmin) y
- (iv) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass).

En ese sentido, los organismos reguladores tienen las siguientes funciones (art. 3 de la Ley 27332):

- (i) Función supervisora: Facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas, así como de mandatos o resolución del organismo regulador.
- (ii) Función reguladora: Facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito.
- (iii) Función normativa: Facultad de dictar reglamentos, normas de procedimientos a su cargo y otras referentes a las obligaciones o derechos de los usuarios; así también, es la facultad de tipificar infracciones por incumplimiento de obligaciones contenidas en normas o contratos de concesión, y aprobar su escala de sanciones.
- (iv) Función fiscalizadora y sancionadora: Facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.
- (v) Función de solución de controversias: Facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas del ámbito de su competencia con los usuarios a fin de resolver los conflictos.
- (vi) Función de solución de reclamos de los usuarios de los servicios regulados.

En adelante, se tratará sobre la competencia de los organismos reguladores y su incidencia para la determinación de la competencia del Indecopi. No será un análisis exhaustivo en proporción directa con la legislación de cada organismo regulador sino una exposición sintética de los pronunciamientos de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, la Sala) en ámbitos donde suele confundirse la competencia. De este modo, se pueda advertir la pertinencia o no del empleo del procedimiento colectivo contenido en el Código del Consumidor.

a. Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran) y similares

Mediante la Ley 26917 Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo y sus modificatorias (en adelante, la Ley 26917) se crea el Ositran. Este organismo debe regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios (art. 3.1).

La Sala, mediante Resolución n.º 2473-2018/SPC-INDECOPI de fecha 19 de setiembre de 2018, confirmó la declaración de improcedencia de la denuncia de la Asociación Atenea contra Lima Airport Partners S.R.L en tanto el Indecopi no resultaba competente. La Sala expuso que Lima Airport Partners S.R.L. califica como entidad prestadora del servicio público en materia de infraestructura aeroportuaria en tanto es concesionaria del aeropuerto. De este modo, estaba supervisada y regulada por el Ositran.

Así, ante el incumplimiento de otorgamiento de información en infraestructura aeroportuaria, el usuario debe interponer su reclamo ante la entidad prestadora quien lo

resolverá en primera instancia y, en caso de apelación, lo resolverá en segunda y última instancia el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos de Ositran (fundamento n.º 26). Además, el incumplimiento de otorgar dicha información estaba tipificado en el reglamento respectivo del Ositran (fundamento n.º 17). Finalmente, en los anexos del contrato de concesión, se indicaba que la entidad prestadora realizaba el control del tránsito aéreo, por lo cual se relacionaba con la información solicitada (fundamento n.º 29).

En otros procedimientos, la Sala, en revisión de las normas reglamentarias y legales, concluyó lo siguiente:

- (i) Los reclamos referidos a la facturación y el cobro del servicio de estacionamiento vehicular –el cual se encuentra calificado como servicio aeroportuario no principal–, además la negativa de la entidad prestadora de entregar el libro de reclamaciones son competencia de Ositran (Resolución n.º 3150-2018/SPC-INDECOPI de fecha 14 de noviembre de 2018, fundamentos n.º 20 y 32-34).
- (ii) Los reclamos que estén relacionados a los servicios de seguridad aeroportuaria y servicios brindados en el chequeo de pasajeros y equipaje son competencia de la entidad prestadora y de Ositran (Resolución n.º 956-2015/SPC-INDECOPI de fecha 23 de marzo de 2015, fundamento n.º 27).

b. Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel)

La Ley 27336 Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel (en adelante, Ley 27336) define y delimita las facultades del Osiptel para supervisar a las entidades que prestan el servicio público de telecomunicaciones y sancionarlas. Esta ley establece que, en el procedimiento

de reclamos de usuarios, son competentes la entidad supervisada en primera instancia, y el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (Trasu) del Osiptel en segunda instancia (art. 37).

Mediante el Decreto Supremo 008-2001-PCM, se aprobó el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel (en adelante, Decreto Supremo 008-2001-PCM). Esta norma precisa las materias que pueden ser objeto de reclamo, como la facturación o cobro del servicio, instalación o activación del servicio, suspensión o corte del servicio, calidad e idoneidad en la prestación del servicio, incluyendo veracidad de la información, falta de entrega del recibo o de la copia del recibo solicitada por el usuario, incumplimiento en activar o desactivar servicios suplementarios o adicionales que hubieren sido solicitados y otros (art. 58).

Sin embargo, la Sala se ha pronunciado en qué actividades y obligaciones el Indecopi sí resulta competente:

- (i) La venta de equipos telefónicos y el envío de publicidad a través de mensajes de texto por parte de una empresa de telecomunicaciones no están relacionadas con la prestación del servicio público regulado; por tanto, los reclamos atinentes a esas actividades no son competencia del Osiptel sino del Indecopi (Resolución n.º 1293-2017/SPC-INDECOPI de fecha 30 de marzo de 2017).
- (ii) Las obligaciones de las empresas de telecomunicaciones consistentes en contar con el libro de reclamaciones y el aviso respectivo –en la forma reglamentaria–, así como su entrega inmediata, son supervisadas por el Indecopi y, de ser el caso, sancionadas (Resolución n.º 3705-2018/SPC-INDECOPI de fecha 28 de diciembre de 2018 y Resolución n.º 3393-2018/SPC-INDECOPI de fecha 5 de diciembre de 2018).

c. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin)

Mediante la Ley 26734 Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía – Osinerg y sus modificatorias se crea el Osinermin. Este es un organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan personas jurídicas de derecho público interno o privado y naturales en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería (art. 1).

Según el Decreto Supremo 54-2001-PCM que aprobó el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – Osinerg y sus modificatorias (en adelante, el Decreto Supremo 54-2001-PCM) son de competencia de Osinermin los reclamos sobre instalación o activación del servicio, suspensión o corte del servicio, calidad o idoneidad en la prestación del servicio, facturación o cobro del servicio, cobros por cortes y reconexiones, errores de medición y facturación, compensaciones por interrupción parcial o total del servicio y otros de los usuarios del servicio público⁶⁵ en el marco de la prestación de un servicio regulado (art. 48). Así, la función de solución de reclamos les compete a las entidades prestadoras en primera instancia y la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (Jaru) del Osinermin en segunda y última instancia administrativa (art. 48).

Sin embargo, la Sala se ha pronunciado en qué supuestos el Indecopi sí resulta competente:

- (i) La instalación de ductos al interior de los domicilios de los consumidores para el abastecimiento de gas natural no forma parte del servicio público de distribución de gas; por tanto, las denuncias relacionadas con tal hecho no son de competencia del Osinermin sino del Indecopi (Resolución n.º 2238-2014/SPC-INDECOPI de fecha 9 de julio de 2014, fundamentos n.º 32-37).

⁶⁵ Se define como usuarios de servicio público o consumidor regulado a aquellos del servicio público de electricidad hasta los límites de potencia fijados y cuyos precios están sujetos a regulación tarifaria, y a aquellos consumidores de distribución de gas natural por red de ductos y del servicio de transportes de hidrocarburos por ductos (art. 2 del Decreto Supremo 54-2001-PCM).

- (ii) Los cobros indebidos provenientes de la entrega postal de los recibos de consumo eléctrico no están vinculados a la prestación del servicio público de electricidad; por tanto, el Indecopi es el competente para conocer la denuncia (Resolución n.º 1846-2018/SPC-INDECOPI de fecha 23 de julio de 2018).
- (iii) La exhibición de precios por galón de los combustibles y la unidad de medida de volumen de GLP en paneles visibles y luminosos en las estaciones de servicio, son de competencia del Indecopi (Resolución n.º 2857-2018/SPC-INDECOPI de fecha 22 de octubre de 2018).

d. Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass)

Mediante Decreto Ley 25965, se creó la Sunass para la propuesta de normas sobre prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, disposición sanitaria de excretas, reúso de aguas servidas y limpieza pública; así también, para la fiscalización de la prestación de los servicios, evaluación del desempeño de las entidades que los prestan, promoción del desarrollo de esas entidades, así como la aplicación de sanciones y recaudación de las multas y tasas (art. 1).

El Decreto Supremo 17-2001-PCM que aprobó el Reglamento General de la Sunass (en adelante, Decreto Supremo 17-2001-PCM) establece como función de la Sunass la resolución de controversias y reclamos que surjan entre las empresas prestadoras y los usuarios (art. 41). En este sentido, ante reclamos de los usuarios, son competentes la empresa prestadora en primera instancia y el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento de la Sunass (Trass) en segunda y última instancia (art. 43).

La Sunass, mediante Resolución de Consejo Directivo n.º 66-2006-SUNASS-CD y sus modificatorias, aprobó el Reglamento General de Reclamos de Usuarios de Servicios de

Saneamiento y Documento de Análisis de Impacto Regulatorio. De aquí, es posible distinguir tres tipos de reclamos: (i) Problemas relativos a la facturación, (ii) reclamos operacionales y (iii) reclamos comerciales no relativos a la facturación (art. 2 y 10).

La Sala, mediante Resolución n.º 1232-2017/SPC-INDECOPI de fecha 28 de marzo de 2017, confirmó la declaración de improcedencia de la denuncia de un usuario interpuesta ante el Indecopi porque este no resultar competente. La razón consistía en que el usuario calificaba de excesivos los cobros del servicios de saneamiento prestado por Sedapal debido a que el medidor instalado en su domicilio no era el indicado para agua potable fría; en consecuencia, la Sunass resultaba competente en segunda instancia (fundamento n.º 26).

5.4.2 EN EL ÁMBITO PREVENTIVO CON OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS SEGÚN EL BIEN O SERVICIO

Luego de haberse determinado la competencia del Indecopi en relación con la de los organismos reguladores, queda aún más pero en relación con otras entidades públicas no reguladoras. Así, se habla de un Estado administrador, omnipresente en varios entornos y de allí su importancia en nuestro tiempo:

Hoy en día, los individuos, empresas y asociaciones operan dentro de los límites del Estado administrador en un espacio de extendida regulación, con un enorme conjunto de reglamentaciones detalladas que son respaldadas por la amenaza de multas penales, responsabilidad civil, pérdida de privilegios y una panoplia de otras sanciones. Además, gran parte del entorno contemporáneo de regulaciones, aunque a menudo resulta efectivo en la implementación de valiosa protección del ambiente, la salud y el consumo, en la provisión de seguridad, estabilidad financiera y otros objetivos políticos, rara vez inspira el acatamiento voluntario. (Schauer, 2015, p. 144)

En adelante, ya no se hablará de organismos reguladores –en sentido estricto– sino de otras entidades públicas cuya competencia puede confundirse, no sin razón, con la del Indecopi. Tampoco será un análisis exhaustivo en proporción directa con la legislación de cada entidad

sino una exposición sintética de los pronunciamientos que ha hecho la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, la Sala) cuando ha conocido, en grado de apelación, casos donde se cuestiona la competencia del Indecopi.

Cuando la Sala ha negado la competencia del Indecopi, en bienes y servicios que se esbozarán más adelante, ha utilizado las siguientes premisas de razonamiento:

- (i) La regulación sectorial –bienes y servicios regulados o sujetos a control previo– constituye una forma mediata de protección a los consumidores y usuarios por su carácter preventivo de la ocurrencia de daños a la salud, vida, integridad física e intereses económicos. Así, la autoridad o autoridades del sector realizan la exigencia de títulos habilitantes para acceder al mercado, controles previos para comercialización de bienes y establecimiento de requisitos para el desarrollo de un negocio.
- (ii) En bienes y servicios *no* regulados o *no* sujetos a control previo, la competencia del Indecopi puede discurrir tanto *ex ante* como posterior a la lesión de los intereses de los consumidores –*ex post*–. No obstante, en el ámbito *ex ante*, es posible que una autoridad del sector se encargue de sancionar los incumplimientos; por lo cual, no se justifica una doble intervención del Estado –*non bis in ídem*–, ni la aplicación del Código del Consumidor ni del Indecopi.

a. Trato preferente para personas con discapacidad

En 2016, la conformación de la Sala –en mayoría– revocó la decisión de primer grado que declaró improcedente, por incompetencia, la denuncia colectiva de la Asociación Civil Defensoría del Vecino por el hecho constitutivo de que un establecimiento hotelero omitió contar con rampas de acceso para personas con discapacidad. En consecuencia, declaró que

el Indecopi sí resulta competente en tanto implicaba una presunta infracción a la norma contenida en el artículo 41.2 literal b) del Código del Consumidor (Resolución n.º 273-2016/SPC-INDECOPI).

La Sala manifestó que la normativa contenida en la Ley 29973 Ley General de la Persona con Discapacidad regulaba el derecho de las personas con discapacidad de acceder, en igualdad de condiciones, al entorno físico y que el Consejo Nacional para la integración de la Persona con Discapacidad (Conadis) era competente de conocer y aplicar las sanciones por la contravención de normas de accesibilidad del entorno urbano y edificaciones (fundamentos 35 y 36). No obstante, la Sala consideró que estas normas no afectaban su competencia primaria ya que no otorgan expresamente al Conadis potestades de sanción por infracciones a las normas del Código de Consumidor (fundamento 37).

El criterio varió en 2018 cuando la Sala –con distinta conformación de vocales– revocó la decisión de primer grado y declaró improcedente la denuncia colectiva de Acurea contra Nevada Entretenimientos (Resolución n.º 275-2018/SPC-INDECOPI). La Sala fundamentó que el Indecopi no es competente de conocer y sancionar incumplimientos normativos denunciados por asociaciones de consumidores a manera de prevención –en defensa del interés colectivo y difuso– pues esta ya se lograba con la regulación sectorial, cuya competencia recaía en el Conadis (fundamentos 17-47). Únicamente, será competente ante las lesiones efectivas hacia consumidores (fundamento 46).

En la actualidad, la Sala mantiene tal criterio pero ha hecho ulteriores especificaciones sobre la competencia de las entidades públicas involucradas:

- (i) En primer lugar, si la Municipalidad correspondiente tipificó la omisión de adecuación de infraestructura de edificaciones privadas para personas con discapacidad como constitutiva de infracción –Cuadro Único de Infracciones y Sanciones–, entonces ella

será competente para sancionar y el Conadis actuará como órgano de apoyo (Resolución n.º 1343-2018/SPC-INDECOPI).

- (ii) En segundo lugar, si la Municipalidad correspondiente no lo ha tipificado, entonces el Conadis será competente para sancionar aquel incumplimiento (Resolución n.º 3137-2018/SPC-INDECOPI).

b. Servicio de transporte terrestre (interprovincial y urbano) y ferroviario

En el transporte terrestre, la Sala ha resuelto que el Indecopi no resulta competente en los siguientes procedimientos colectivos que se iniciaron de oficio:

- (i) Omisión de medidas de seguridad legalmente establecidas como la cámara filmadora y detector de metales para grabar y revisar a los pasajeros y respectivos equipajes de mano, en el transporte interprovincial (Resolución n.º 2647-2018/SPC-INDECOPI de fecha 3 de octubre de 2018).
- (ii) Omisión de implementar la lista de precios –tarifas– de fácil acceso a los consumidores en su establecimiento comercial (Resolución n.º 3591-2018/SPC-INDECOPI de fecha 19 de diciembre de 2018).

En ambos casos, al haberse iniciado de oficio los procedimientos colectivos por parte del órgano correspondiente sin que se verifiquen lesiones efectivas, no se justificaba la intervención del Indecopi en tanto la autoridad competente es la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (Sutran). No obstante, la Sala ha precisado que de verificarse *lesiones efectivas* a los derechos de los consumidores, en los mismos supuestos, el Indecopi sí resulta competente.

La Sala no determina la competencia del Indecopi por el solo hecho de haberse iniciado de oficio el procedimiento colectivo sino –como se ha dicho– por la verificación de lesiones efectivas, individuales o colectivas. Así, la Sala confirmó la decisión de primer grado –

iniciado de oficio– que halló responsable a la Empresa de Transportes Turísticos Olano S. A. (Olano) por haber incumplido los horarios de salida de sus unidades en días concretos de los meses de julio, agosto y setiembre de 2015, lo que implica afectaciones concretas a los usuarios e incumplimiento de la norma contenida en el artículo 19 del Código del Consumidor (Resolución n.º 230-2018/SPC-INDECOPI de fecha 6 de febrero de 2018).

En otros procedimientos, la Sala –en mayoría– ha confirmado decisiones de primer grado reiterando la competencia del Indecopi ante lesiones efectivas y desestimó que se incurra en el *non bis in ídem*:

- (i) En la prestación del servicio de transporte ferroviario con exceso de capacidad en determinados días de los meses de abril y julio de 2016, descartó la competencia de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Resolución n.º 3395-2017/SPC-INDECOPI de fecha 4 de diciembre de 2017).
- (ii) En el cobro por pasaje universitario de una tarifa superior al 50% de la tarifa correspondiente al pasaje adulto, en el ámbito urbano e interurbano, en determinado día por inspección realizada, descartó la competencia de la Municipalidad Provincial de Arequipa (Resolución n.º 65-2019/SPC-INDECOPI de fecha 9 de enero de 2019).

c. Servicio de transporte aéreo

Respecto al servicio de transporte aéreo, la Sala –en mayoría–, mediante la Resolución n.º 2367-2018/SPC-INDECOPI de fecha 12 de setiembre de 2018, manifestó lo siguiente:

- (i) La Dirección General de Aeronáutica Civil (Dgac) es el órgano sectorial para realizar acciones de supervisión, fiscalización, control de carácter técnico y operativo y sanción de las actividades aeronáuticas civiles. No obstante, la Ley de Aeronáutica

Civil no le asigna competencia sobre normas de protección al consumidor (fundamento n.º 21).

- (ii) Si bien el Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Dgac tipifica el incumplimiento injustificado de itinerarios y horarios, el fundamento que recoge el Código del Consumidor es distinto; por tanto, no implica la afectación del principio del *non bis in ídem* (fundamento n.º 23).
- (iii) El Indecopi es competente para conocer y resolver infracciones a las normas del Código del Consumidor relacionadas con la demora, reprogramación y cancelación de vuelos en tanto tutela los intereses de los usuarios ante una afectación concreta, mediante el dictado de medidas correctivas y otros (fundamentos n.º 29-31).

d. Servicios educativos (básico y superior)

Respecto de los servicios educativos básicos, la Sala –en mayoría–, a través de la Resolución n.º 2323-2018/SPC-INDECOPI de fecha 10 de setiembre de 2018, manifestó lo siguiente:

- (i) El artículo 17 de la Ley 26549 Ley de Centros Educativos Privados preceptúa que, ante su incumplimiento, el Ministerio de Educación (Minedu) será el competente para sancionar, sin perjuicio de la *demás acciones* que pudieran corresponder (fundamento n.º 23).
- (ii) Tanto el Indecopi como el Minedu son competentes para sancionar un mismo hecho dado que tienen fundamentos distintos; por tanto, no se vulnera el principio del *non bis in ídem*. El primero tutelaría los derechos de los consumidores –como la información, idoneidad, no discriminación– y el segundo velaría por el adecuado funcionamiento del sistema educativo que incluye el aspecto pedagógico, institucional y/o administrativo (fundamento n.º 34).

Respecto de servicios educativos universitarios, la Sala –por unanimidad–, mediante la Resolución n.º 1276-2020/SPC-INDECOPI de fecha 12 de agosto de 2020, emitió el siguiente pronunciamiento:

- (i) Le Ley 30220 Ley Universitaria establece a favor de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu) competencias sobre licenciamiento, uso educativo de los recursos, condiciones básicas de calidad y demás obligaciones contenidas en la ley y su Reglamento de Infracciones y Sanciones. No obstante, no le asigna competencias por acciones ilícitas en contra de las normas del Código del Consumidor (fundamentos n.º 38-42).
- (ii) Es posible que el Indecopi y la Sunedu sean competentes para sancionar un mismo hecho –brindar y ofertar programas educativos de maestría sin autorización de la Sunedu– dado que tienen distintos fundamentos; por tanto, no se vulnera el principio del *non bis in ídem*. El primero tutelaría los derechos de los usuarios y el segundo velaría por un adecuado funcionamiento del sistema educativo superior universitario (fundamentos n.º 50-52).

e. Higiene y salubridad en establecimientos comerciales

La Sala –por unanimidad–, mediante la Resolución n.º 3348-2018/SPC-INDECOPI de fecha de 30 de noviembre de 2018, emitió el siguiente pronunciamiento:

- (i) La Ley 27972 Ley Orgánica de Municipalidades y normas sectoriales establecen la competencia exclusiva hacia las municipalidades –provinciales y distritales– para que actúen de oficio contra establecimientos que omitan contar con servicios higiénicos en su interior (fundamento n.º 46).
- (ii) No obstante, dicha normativa no merma la competencia del Indecopi para sancionar infracciones concretas a los derechos de los consumidores que contratan servicios de

restauración y afines no idóneos, en el marco del Código del Consumidor (fundamento n.º 47).

f. Alimentos y bebidas envasados

La Sala, mediante Resolución n.º 2624-2018/SPC-INDECOPI de fecha 1 de octubre de 2018, emitió el siguiente pronunciamiento:

- (i) De acuerdo a la Ley 26842 Ley General de Salud y la normativa sectorial, la Dirección General de Salud (Digesa) tiene competencia *ex ante* en torno a la calidad sanitaria, inocuidad y vigilancia sanitaria en materia de alimentos y bebidas procesados y envasados; entre estos, el otorgamiento del registro sanitario que se configura como título habilitante para la comercialización de productos inocuos.
- (ii) El control *ex post* yace en la competencia del Indecopi para vigilar el cumplimiento de cada uno de los componentes del etiquetado; entre estos, la denominación de los productos que refleje su verdadera naturaleza de conformidad con el artículo 32 del Código del Consumidor.

5.4.3 COMPETENCIA TRANSFERIDA POR LEY A LA SUSALUD

Mediante el Decreto Legislativo 1158 se disponen medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (en adelante, Decreto Legislativo 1158). Así, la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud) asumió la competencia para la protección y defensa de los derechos de los usuarios en el marco de la relación de consumo con las siguientes instituciones:

- (i) Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (Iafas): Entidades o empresas públicas, privadas o mixtas que capten o gestionen fondos para la cobertura de las atenciones en salud y de riesgos (art. 6)

(ii) Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (Ipress): Establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, públicos, privados o mixtos que realizan atención de salud (art. 7).

(iii) Unidades de Gestión de Ipress.

Previamente, el Indecopi fue la autoridad competente para conocer y sancionar infracciones a las normas del Código del Consumidor. Sin embargo, mediante la publicación del Decreto Legislativo 1158 y el Decreto Supremo 026-2015-SA que aprobó el Reglamento del Procedimiento de Transferencia de Funciones del Indecopi a Susalud (en adelante, Decreto Supremo 026-2015-SA), la competencia recae en la Susalud. Se precisa que la competencia de la Susalud comprende a los hechos ocurridos desde el 14 de agosto de 2015 en adelante en tanto entra en vigencia el Decreto Supremo 026-2015-SA.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, la Sala) ha confirmado o declarado la improcedencia de denuncias referentes a las siguientes materias por cuanto la competencia le corresponde a la Susalud:

(i) Omisión del libro de reclamaciones en las Ipress e Iafas (Resolución n.º 3495-2016/SPC-INDECOPI de fecha 21 de setiembre de 2016).

(ii) Falta de cobertura del seguro de salud y modalidad de cobro de las primas del mismo seguro de salud (Resolución n.º 1163-2017/SPC-INDECOPI de fecha 21 de marzo de 2017).

(iii) Falta de cobertura de los gastos médicos en contra de una Iafas (Resolución n.º 1741-2017/SPC-INDECOPI de fecha 17 de mayo de 2017).

- (iv) Servicio postoperatorio inadecuado y omisión de entrega de ecografía y resonancia magnética solicitadas vía notarial (Resolución n.º 2944-2017/SPC-INDECOPI de fecha 9 de octubre de 2017).
- (v) Atención preventiva en una Iafas (Resolución n.º 3196-2018/SPC-INDECOPI de fecha 19 de noviembre de 2018).

5.4.4 COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (SBS)

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) es un organismo constitucional autónomo con una regulación específica en el artículo 87 de la Constitución. Ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones y otras determinadas por la ley.

En materia de productos financieros, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, la Sala), mediante Resolución n.º 1332-2018/SPC-INDECOPI de fecha 4 de junio de 2018, ha manifestado –en mayoría– lo siguiente:

- (i) En procedimientos iniciados por denuncia de usuarios individuales, el Indecopi es competente para resolver controversias, entre otros, sobre cobros indebidos, falta de atención de reclamos, variaciones unilaterales y condicionamiento del ejercicio a realizar pagos anticipados (fundamento n.º 28).
- (ii) En cambio, en los procedimientos iniciados de oficio, el Indecopi será competente cuando se verifique la afectación concreta y específica de un número determinado e identificado de consumidores en aplicación de las normas contenidas en los artículos 19 y 88.3 del Código del Consumidor (fundamentos n.º 39 y 40).

De otro lado, el texto de la segunda disposición complementaria final contenida en el Código del Consumidor preceptúa que la SBS es competente para resolver en forma exclusiva las controversias de los consumidores afiliados a una AFP o empresa de seguros en productos o mercados relacionados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) y vinculadas a los temas detallados en los títulos IV, V y VII del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y normas complementarias. Así también, se faculta a la SBS a imponer medidas cautelares y ordenar medidas correctivas reparadoras y complementarias.

La Sala, mediante Resolución n.º 346-2019/SPC-INDECOPI de fecha 8 de febrero de 2019, ha precisado lo siguiente:

- (i) La Resolución SBS 4464-2016 regula los servicios que brinda la SBS a los ciudadanos y la atención de denuncias contra las empresas supervisadas, la cual reconoce la complementariedad de la legislación para que la SBS resuelva controversias particulares de forma excepcional en virtud de las facultades otorgadas por la segunda disposición complementaria final del Código (fundamento n.º 9).
- (ii) El Indecopi solo podría conocer denuncias de usuarios de administradoras de fondo de pensiones respecto de situaciones no previstas por las normas del Sistema Privado de Pensiones –SPP– (fundamento n.º 10).

6. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN COLECTIVA

El instituto de la prescripción tiene una doble función: (a) asegurar la estabilidad de las relaciones sociales y (b) servir de sanción al negligente titular de una situación jurídica (Didier y Zaneti, 2019, p. 329). El plazo de prescripción extingue la pretensión.

Los actos ilícitos contra el Código del Consumidor prescriben a los dos (2) años contados a partir del día en que se cometió (acciones instantáneas) o desde que cesó (acciones u

omisiones permanentes) según el artículo 121, primer párrafo, del Código del Consumidor. Así también, el segundo párrafo del artículo 121 del Código remite al artículo 233 (*rectius*: artículo 252 del TUO)⁶⁶ de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General para (a) el cómputo del plazo y (b) suspensión.

Un panorama más analítico se disciplina en el artículo 252.2 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por el Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la Ley 27444). Así, el cómputo del plazo se cuenta del siguiente modo:

- (i) Infracciones instantáneas e instantáneas de efectos permanentes: A partir del día de su comisión.
- (ii) Infracciones continuadas: A partir del día en que se realizó la última acción.
- (iii) Infracciones permanentes: A partir del día en que la acción cesó.

En un procedimiento colectivo, la empresa Nestlé Perú excepcionó la prescripción contra la denuncia postulada por la asociación Acurea; esto porque la presunta acción ilícita – información falsa en el etiquetado del producto “Sublime Almendras”– fue el 21 de octubre de 2014 y la denuncia se interpuso el 20 de febrero de 2017 (luego de dos años). La Acurea absolvió respondiendo que había tomado conocimiento de la acción ilícita el 30 de abril de 2015; por lo cual, el cómputo debía iniciarse a partir de este día, sin haberse vencido el plazo.

La Comisión de Protección al Consumidor n.º 2, en resolución de primer grado, desestimó la prescripción excepcionada en tanto verificó la certeza de lo alegado por la Acurea y, consecuentemente, declaró fundada la denuncia. En sede de apelación, la Sala, mediante la

⁶⁶ Si bien el Código remite al artículo 233 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, esto fue antes de la aprobación del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por el Decreto Supremo 004-2019-JUS, donde lo dispuesto en aquel artículo ahora se encuentra contenido en el artículo 252.

Resolución 459-2019/SPC-INDECOPI de fecha 20 de febrero de 2019, confirmó la evaluación del órgano resolutorio de primer grado; además, manifestó la imposibilidad de que la Acurea haya podido tomar conocimiento del hecho infractor de no haberse sustanciado un procedimiento anterior, esto es, desde el 30 de abril de 2015.

A nivel normativo, las reglas del cómputo del plazo de prescripción están claras. A nivel resolutorio, se debe añadir el criterio del inicio del cómputo desde el *conocimiento* de los actos ilícitos, el cual no es una mera alegación sino basado en hechos objetivos; por lo cual, los órganos resolutorios tienen la obligación de verificarlo.

Excepcionalmente, en el caso de actos ilícitos referentes a cobros (pagos) indebidos, el plazo de prescripción es de cinco (5) años según el artículo 99 del Código del Consumidor. El cobro (pago) indebido constituye un tipo de acción ilícita (no omisión) instantánea. Por tanto, el plazo se cuenta a partir del día de la acción ilícita o –como ya se ha desarrollado– desde que se ha tenido conocimiento de ella.

La Sala interpreta que la norma contenida en el artículo 91 del TUO de la Ley 27444 le obliga a asegurarse de su propia competencia, incluso de oficio, para proseguir un procedimiento aplicable al cómputo de la prescripción (Resolución n.º 979-2019/SPC-INDECOPI, fundamento 53). Sin embargo, la norma contenida en el artículo 252.3 del TUO de la Ley 27444 resulta más explícita en tanto constituye un mandato para la autoridad administrativa de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el procedimiento cuando advierta el cumplimiento de los plazos.

De otro lado, ocurre una aparente antinomia respecto del inicio de la suspensión del plazo de prescripción. Por un lado, el artículo 252.2, segundo párrafo, del TUO de la Ley 27444 establece que el plazo se suspende a partir del día de la *notificación* de cargos al proveedor, que da inicio al procedimiento sancionador. Por el otro, la Directiva 006-2017/DIR-COD-

INDECOPI “Directiva que regula los procedimientos en materia de protección al consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor” (en adelante la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI) establece que el plazo de prescripción se suspende a partir del día de la *presentación* del escrito postulatorio de denuncia (art. 4.1.4).

Cuando se trata de un procedimiento iniciado de oficio –no participa un consumidor o asociación como accionantes– prima la norma del artículo 252.2 del TUO de la Ley 27444: El plazo de prescripción se suspende a partir del día de la notificación de cargos al proveedor (Resolución n.º 970-2019/SPC-INDECOPI, fundamento 71). En contraste, cuando se trata de un procedimiento iniciado por la denuncia de un consumidor o asociación de consumidores, prima la norma contenida en el artículo 4.1.4 de la Directiva n.º 006-2017/DIR-COD-INDECOPI: El plazo de prescripción se suspende a partir del día de la presentación del escrito de denuncia.⁶⁷

Ahora bien, cuando se trate de un procedimiento colectivo de oficio, el plazo suspendido deberá reanudarse si el trámite del procedimiento se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles por causa no imputable al administrado (art. 252.2, segundo párrafo, del TUO de la Ley 27444). Desde luego, la reanudación implica sumar el plazo ya ganado por el proveedor hasta antes de la notificación de la imputación de cargos. Asimismo, esta sumatoria debe comprender los demás plazos ganados dentro del procedimiento tantas veces se haya reanudado.

⁶⁷ La justificación de esta opción se lee al inicio del artículo: “4.1.4 Atendiendo a lo establecido en el numeral 2 del artículo V del Código concordante con la naturaleza especial de los procedimientos en materia de protección al consumidor y la función tuitiva del Estado a favor de éste, y conforme al numeral 2 del artículo II del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el plazo de prescripción al que se refiere el artículo 121º del Código no se suspende con la notificación de la imputación de cargos al posible infractor, sino con la presentación del escrito de denuncia con la finalidad de que la misma sea oportunamente analizada por el Órgano Resolutivo competente” (Directiva n.º 006-2017/DIR-COD-INDECOPI).

En el procedimiento colectivo de oficio contra la empresa Aerovías del Continente Americano (Avianca), la Comisión de Protección al Consumidor sede Lima Norte le halló responsable por haber demorado, reprogramado y cancelado 21 vuelos y le sancionó con 21 UIT. La empresa, mediante un escrito posterior al recurso de apelación, solicitó la nulidad alegando que la potestad sancionadora había prescrito.

La Sala, mediante Resolución n.º 970-2019/SPC-INDECOPI de fecha 10 de abril de 2019, declaró la nulidad de la resolución de primer grado que halló responsable a Avianca. La Sala sumó el plazo ya ganado por Avianca hasta antes de la notificación de la imputación de cargos y tres plazos reanudados *dentro* del procedimiento, cuyo total había excedido los dos años hasta antes de la fecha de emisión de la resolución de primer grado (fundamento 76). Consecuentemente, dejó sin efectos la sanción y demás medidas impuestas.

7. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO

Si se cumple con la legitimación, competencia del Indecopi y que la acción colectiva no haya prescrito, entonces corresponde ingresar al desarrollo del procedimiento colectivo desde el inicio hasta el pronunciamiento de la solicitud de medida cautelar (*rectius*: medidas de tutela anticipada). El procedimiento colectivo de protección al consumidor tiene una duración de 120 días hábiles; esto en aplicación de la décimo cuarta disposición final de la Ley 27809 Ley General del Sistema Concursal.

7.1 ADMISIÓN A TRÁMITE E IMPUTACIÓN DE CARGOS

Desde la presentación del escrito postulatorio, la Comisión de Protección al Consumidor competente debe emitir –si el caso lo amerita– la resolución de inicio del procedimiento colectivo sancionador en el plazo máximo de veinte (20) días hábiles (art.4.3.3 de la Directiva n.º 006-2017/DIR-COD-INDECOPI). Así, el procedimiento colectivo se inicia –o mejor, se computa– desde la notificación de aquella resolución de imputación de cargos al

proveedor (con legitimidad para obrar pasiva), según la última parte del artículo 107 del Código del Consumidor.

La resolución de inicio debe contener (i) los hechos imputados, (ii) la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir, (iii) expresión de posibles sanciones a imponer y (iv) autoridad competente según la norma que confiere tal poder (art. 254.1.3 del TUO de la Ley 27444). El órgano instructor –Secretaría Técnica– debe otorgarle al proveedor la oportunidad para que presente sus descargos, el cual no puede ser inferior a cinco (5) días hábiles contados desde la notificación (art. 255.3 del TUO de la Ley 27444).

7.2 PROBLEMAS PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO SUPRAINDIVIDUAL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO

En la resolución de inicio del procedimiento colectivo, el órgano instructor debe exponer los hechos; entre estos, si la acción u omisión ilícitas amenazan o afectan –no daño– algún tipo de derecho supraindividual. Es importante identificar el tipo de derecho supraindividual –o ambos a la misma vez– desde el inicio del procedimiento de conformidad con el marco teórico expuesto en el capítulo I.

Se debe considerar que una misma acción u omisión ilícitas puede amenazar o afectar, a la misma vez, derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos; entonces ¿cuál sería el criterio para distinguir la especie de derecho en una demanda? (Didier y Zaneti, 2019, p. 108). Se propone unir las ideas Gidi y Nery en el sentido de que el legitimado individualice el *pedido* y la *causa de pedir*, incluidos los hechos –causa de pedir mediata– y el derecho colectivo aplicable –causa de pedir inmediata– (Didier y Zaneti, 2019, p. 108).

Un primer problema se presenta porque la asociación de consumidores legitimada omite señalar, en su escrito postulatorio, el derecho supraindividual hecho valer en el procedimiento. Esta omisión se mantiene en cuerda cuando el órgano instructor también

omite especificarlo en la resolución de inicio. El hecho de que una asociación de consumidores accione no implica siempre que lo haga en legitimación de derechos supraindividuales –difuso y colectivo–, pues también puede hacerlo en representación de sus asociados o cualquier poderdante individual conforme a la norma contenida en el artículo 153.2 del Código del Consumidor.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, la Sala) –en sede de apelación– desestimó el cuestionamiento de la empresa Transportes Flores contra la Asociación Acurea por no haber consignado que accionaba en defensa de un derecho supraindividual de titularidad del grupo de usuarios del servicio de transporte, en un caso de cláusulas abusivas (Resolución n.º 1370-2016/SPC-INDECOPI, fundamentos n.º 21 y 22). Sin embargo, la Sala se limitó a decir que aquello se desprendía del escrito postulatorio.

Un segundo problema se presenta cuando la asociación de consumidores sí expresa, en su escrito postulatorio, que acciona en legitimación extraordinaria de algún tipo de derecho supraindividual; sin embargo, los órganos resolutivos consideran que ello no es así y que se trata, en realidad, de defensa de derechos individuales. En el siguiente caso, se expresará cuál es el parámetro de análisis utilizado.

El 29 de enero de 2013, la Asociación Atenea denunció al Banco de Crédito del Perú (BCP) ante la Comisión de Protección al Consumidor n.º 1. Manifestó que el BCP implementó el cobro de nuevas tarifas para usuarios de tarjetas de crédito desde el mismo mes de enero sin autorización de aquellos y que en caso de no estar de acuerdo podían resolver el contrato no sin antes pagar la totalidad de la deuda, por lo cual les resultaba perjudicial. Esto implicaba la presunta infracción de las normas contenidas en los artículos 18, 19 y 56.1 literal c) del Código del Consumidor.

En sus descargos, el BCP argumentó que la Asociación Atenea carecía de legitimidad para obrar activa pues únicamente presentó los estados de cuenta bancarios de cuatro (4) consumidores, los cuales debían analizarse de forma individual y no como un caso de derecho colectivo. La Comisión de Protección al Consumidor n.º 1 estimó el argumento del BCP y descartó la denuncia como una de derecho colectivo y analizó los cuatro casos de forma individual, cuyo resultado fue declararlas infundadas. La Asociación Atenea apeló la decisión argumentando que a partir de los cuatro casos se podía determinar la afectación de del derecho supraindividual.

La Sala revocó la decisión de primer grado y, reformándola, declaró improcedente la denuncia bajo los siguientes fundamentos (Resolución n.º 3244-2015/SPC-INDECOPI de fecha 19 de octubre de 2015):

- (i) No se debe concluir que cada vez que un conjunto de personas se vean afectadas por conductas similares, nos encontramos necesariamente ante intereses colectivos sino que puede tratarse de una pluralidad de derechos individuales homogéneos defendible a través de la acumulación de acciones (fundamento n.º 16).
- (ii) Los cuatro estados de cuenta se encuentran limitados a la esfera de una relación de consumo particular, sin alcanzar a acreditar una afectación de intereses colectivos (fundamentos n.º 18-21).
- (iii) Le correspondía a la asociación denunciante reunir el material probatorio suficiente para acreditar una afectación al interés colectivo de los consumidores (fundamento n.º 23).

Al respecto, resultaba más categórico que la Sala hubiera dicho que la *afectación* –en el sentido de daño– de origen común no hace referencia a un derecho supraindividual sino encaja en la definición de los derechos individuales homogéneos. No obstante, esto no

tendría relevancia más que para desestimar la utilización de la acción colectiva ya que la dicha categoría no existe en el Código del Consumidor.

Además, no tiene ninguna utilidad distinguir entre derechos supraindividuales –colectivo y difuso– y derechos individuales homogéneos si la conclusión es que estos últimos solo puedan ser defendibles mediante la simple acumulación de acciones. Como se recordará *supra*, la doctrina ha manifestado que los derechos individuales homogéneos es una categoría puramente procesal cuya finalidad es que puedan ser defendidos a través del proceso colectivo (tutela colectiva). Sin embargo, en el Código del Consumidor no se distingue un tratamiento procesal diferenciado a los procedimientos colectivos de aquellos individuales; por lo cual, la distinción que no conlleva a nada.

Como se esgrimió en el capítulo I, para que un determinado caso califique como uno de derecho supraindividual, este debe ser indivisible cuya titularidad recaea en el grupo (no en los miembros del grupo). Si se trata del derecho colectivo *strictu sensu* debe haber un vínculo jurídico previo entre sí o con la parte contraria, lo cual lo hace un grupo determinado. Si se trata de un derecho difuso, la relación es de hecho.

En cambio, un formato contractual –o contratos en masa– que contiene condiciones generales de contratación para todos los consumidores o usuarios, sí prueba la unidad de trato –afectación– al grupo titular del derecho colectivo. Así, bastaría que una asociación de consumidores aporte solo uno de aquellos formatos contractuales para que los órganos resolutivos infieran y califiquen el caso como uno de derecho colectivo *lato sensu*. Esto ocurrió en la denuncia colectiva que interpuso la asociación Acurea contra la empresa de transportes Turismo Días (Resolución n.º 949-2017/SPC-INDECOPI, fundamentos n.º 31-35).

En otro caso, presentado en 2015, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) del Indecopi le requirió al Banco de Crédito del Perú (BCP) la relación de pagos efectuados respecto del producto financiero “crédito efectivo”. El BCP presentó la relación de pagos de sus clientes del periodo de julio y setiembre de 2015, respecto de 135 156 créditos otorgados a los consumidores entre mayo de 2014 y mayo de 2015. A partir de lo anterior, en 2016, la GSF recomendó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

En 2017, la Secretaría Técnica del Comisión de Protección al Consumidor n.º 3 imputó al BCP las siguientes conductas: (a) Omitir información a los consumidores, en su página web, sobre la distinción entre pago anticipado y adelanto de cuotas y (b) de un muestra representativa de 317 créditos, en 35 casos, el BCP imputó los pagos de los consumidores sobre sus créditos como adelanto de cuotas en lugar de hacerlo como pagos anticipados. Estas conductas implicaban la presunta infracción a la norma contenida en el artículo 86 del Código del Consumidor.

En sus descargos, el BCP cuestionó la muestra representativa tomada por la GSF ya que no se le habría precisado qué metodología empleó para obtener únicamente 317 créditos de un total de 135 156 créditos que había informado a la GSF. Sin embargo, ya antes del inicio del procedimiento, la GSF le había informado que utilizó la Norma Técnica Peruana (NTP) ISO 2829-1 “Procedimientos de muestreo para inspección por atributos”. La Sala –en sede de apelación– desestimó este cuestionamiento del BCP y validó el método utilizado (Resolución n.º 67-2018/SPC-INDECOPI, fundamentos 43-49).⁶⁸

⁶⁸ Si bien la Sala –mediante la citada Resolución n.º 67-2018/SPC-INDECOPI– declaró la nulidad parcial de la decisión de primer grado, esto se debió a otras razones procesales como la motivación aparente y contravención del derecho de defensa. Posteriormente, la Comisión de Protección al Consumidor n.º 3 emitió un nuevo pronunciamiento donde halló responsable al BCP por infracción a la norma contenida en el artículo 86 del Código del Consumidor, la cual fue confirmada por la Sala a través de la Resolución n.º 94-2019/SPC-INDECOPI de fecha 14 de enero de 2019.

Otro caso. La Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Áncash (Acurea) apeló la decisión de primer grado en el extremo que calificó cierto caso como uno de interés difuso y no de interés colectivo. Manifestó que al tratarse de información falsa en un determinado producto “Sublime Almendras”, los consumidores estaban ligados a su contraparte por una relación jurídica previa que era el acto de compra; por tanto, se trataba de un grupo titular de derecho *colectivo*.

La Sala, mediante la Resolución n.º 459-2019/SPC-INDECOPI, desestimó los argumentos de Acurea y confirmó la decisión del órgano de primer grado. Antes bien, la Sala reiteró la definición (errónea) contenida en el artículo 128 del Código que equipara los intereses o derechos difusos o colectivos con las *acciones*. Luego, en su fundamento n.º 22, manifestó que

En tal contexto, en la medida que en el presente procedimiento de parte se denunció la presunta infracción referida a la información consignada en el rotulado del producto “Sublime Almendras”, siendo que no resulta posible identificar a los consumidores afectados por dicha infracción, ni agruparlos en un mismo grupo o clase, no existen elementos que permitan acreditar de manera indubitable que dicha infracción constituya una presunta conducta que afecte el interés colectivo de los consumidores, sino a intereses difusos.

La calificación de derecho supraindividual debería quedar expresa en la etapa inicial (resolución de inicio o la más próxima). Esto porque si la acción ilícita afectó –en sentido lato– el derecho colectivo o difuso de los consumidores, entonces se considera circunstancia agravante especial para el cálculo de la sanción de multa según el artículo 112 del Código del Consumidor. No obstante, si en la posteridad se advierten hechos circundantes, el órgano instructor debe encauzar los hechos en consuno con la promoción del debido ejercicio del derecho de defensa del proveedor.

Luego de aquello, es importante la ulterior distinción respecto de si el derecho supraindividual es difuso o colectivo. Sin embargo, se debe estar consciente de que en un mismo procedimiento se puede buscar la tutela de ambos; depende de cómo el legitimado ha expuesto su *petitum* y *causa petendi*. La utilidad práctica estriba, fundamentalmente, en que las órdenes de tutela dadas por el órgano resolutivo del Indecopi se adecúan más a uno que al otro. Por ejemplo, la orden de cesación de un método comercial coercitivo tutela más al grupo colectivo de usuarios contratantes, mientras que la orden de abstención de repetir tal acción ilícita tutela al derecho difuso de consumidores no contratantes.

Secundariamente, la ulterior distinción, sería importante para la defensa colectiva de consumidores ante el Poder Judicial, específicamente para la pretensión de indemnización. Así, se cree que únicamente el derecho o interés colectivo –en sentido estricto– merecería acceder a tal pretensión según los siguientes instrumentos de rango reglamentario:

- (i) Decreto Supremo 30-2011-PCM Reglamento de procesos judiciales para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y el fondo especial creado por el artículo 131 del Código del Consumidor (en adelante, Decreto Supremo 30-2011-PCM).
- (ii) Resolución de Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi n.º 150-2016-INDECOPI/COD que aprobó la Directiva n.º 003-2016/DIR-COD-INDECOPI que establece los criterios a aplicar y el mecanismo de selección de los casos para que el Indecopi promueva procesos judiciales en defensa de intereses colectivos de los consumidores (en adelante, Directiva n.º 003-2016/DIR-COD-INDECOPI).

Dicho esto, en el siguiente apartado se abordará un tema relevante para la tutela preventiva. En efecto, cómo se puede justificar el inicio del procedimiento colectivo si la acción u

omisión ilícitas han sido subsanadas con anterioridad a la notificación de la resolución de inicio. Así también, cómo es la probanza de tal subsanación.

7.3 SUBSANACIÓN DEL ACTO ILÍCITO ANTES DE LA NOTIFICACIÓN DE IMPUTACIÓN DE CARGOS

La norma contenida en el artículo 108, literal f), del Código del Consumidor prescribe que la autoridad administrativa –órgano resolutivo– debe declarar la improcedencia de la denuncia si el proveedor subsana o corrige la acción u omisión ilícita con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos. En el mismo sentido, la norma contenida en el artículo 257.1 literal f) del TUO de la Ley 27444 prescribe que constituye eximente de responsabilidad la subsanación voluntaria de la acción u omisión con anterioridad a la notificación de imputación de cargos.

La diferencia entre las normas citadas radica en que la primera es aplicable para acciones colectivas promovidas por asociaciones de consumidores (o consumidores individuales), mientras que la segunda lo es para procedimientos iniciados de oficio. Por lo demás, en ambas normas, es común la existencia de dos elementos secuenciales y copulativos: (a) Que el proveedor subsane o corrija la conducta de la infracción (elemento material) y (b) que la oportunidad sea anterior al acto de notificación de imputación (elemento temporal). Así, en un caso concreto, la no probanza del elemento material impide analizar el elemento temporal.

La amenaza o afectación al derecho supraindividual de los consumidores y usuarios determina cierta complejidad sobre la real subsanación o corrección de las acciones ilícitas. En consecuencia, la real subsanación debe cubrir íntegramente al grupo en tanto se entiende que el derecho supraindividual es indivisible, el titular del derecho es el grupo y no los miembros del grupo. Aquí se demuestra, una vez más, la importancia de la correcta y expresa

identificación del derecho supraindividual en su correlación con la hipótesis de la subsanación por parte del proveedor.

La Sala, mediante la Resolución n.º 2681-2018/SPC-INDECOPI de fecha 5 de octubre de 2018, reexaminó la valoración de los medios probatorios y revocó la decisión de primer grado que había declarado la improcedencia de la denuncia en aplicación de la norma citada; en consecuencia, declaró la procedencia. En detalle, la Sala consideró lo siguiente (fundamentos n.º 33-36):

En efecto, obran en el expediente diversa documentación que fue presentada por la Universidad ante este procedimiento o durante la diligencia de inspección realizada por la ORI Chimbote, con la finalidad de acreditar que había cumplido con ofrecer medidas de solución a los consumidores afectados; no obstante, de la revisión de la misma, no se observa que se haya cumplido con acreditar de forma fehaciente que se haya solucionado el problema académico de *todos los alumnos afectados*.

Aunado a ello, obran documentos de devolución de dinero y documentación, efectuada a los alumnos que optaron por dicha solución; sin embargo, de la revisión de cada uno de ellos, se tiene que los mismos no acreditan que la *totalidad de alumnos afectados* haya sido atendida por esta vía.

Sin perjuicio de lo señalado, en el caso citado, estrictamente no se trataba de un derecho supraindividual sino de intereses individuales homogéneos. No se trataba de una amenaza o afectación en sentido lato al derecho supraindividual sino de un daño en sentido estricto. De allí que la tutela más adecuada para los estudiantes haya sido de tipo resarcitoria, a través de las órdenes de medidas correctivas reparadoras –y no complementarias–.

Finalmente, si se prueba suficientemente la subsanación de la acción u omisión ilícitas en beneficio del grupo titular del derecho supraindividual, entonces el órgano resolutorio queda habilitado para analizar el elemento temporal. Este análisis es prevalentemente formal ya que consiste en el cotejo de dos fechas, de la real subsanación y de la notificación (válida) de imputación de cargos al proveedor. Si se verifican ambos elementos, entonces y solo

entonces se debe declarar la improcedencia de la acción colectiva, entre otras razones, porque no existiría necesidad de tutela, amén de los fines propios de un procedimiento sancionador.

7.4 ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO

Un tema importante y pertinente para esta tesis es contemplar un posible allanamiento por parte del proveedor. Si lo que pretende la asociación legitimada es obtener órdenes de hacer, no hacer o dejar de hacer (deshacer) por parte del órgano resolutorio para la tutela preventiva y hasta anticipada del derecho supraindividual, entonces cómo justificar aquellas pretensiones cuando el proveedor declara su voluntad de cumplirlos. Por tanto, se debe comprender los presupuestos de un allanamiento y reconocimiento válidos.

Las formas autocompositivas de conclusión del proceso pueden clasificarse en unilaterales y bilaterales. El allanamiento y reconocimiento son manifestaciones de las primeras.

El profesor Priori (2009) define al allanamiento como “el negocio jurídico procesal unilateral del demandado a través del cual éste acepta el petitorio de la demanda dirigida contra él por el demandante en el proceso” (p. 38). Más adelante, precisa que el allanamiento implica aceptar solo el *petitum*, lo cual dista del *reconocimiento* en tanto este implica aceptar además del *petitum*, la *causa petendi* (Priori, 2009, p. 38).

La profesora Ledesma (2008) arguye que

Solo se reconocen pretensiones y razones; esto es, que quien se presenta reconociendo el derecho de la parte, no controvierte el tema fáctico porque da legitimidad suficiente a la demanda que contra él se interpuso. En cambio, en el allanamiento existe un sometimiento voluntario a las pretensiones del actor, pero sin calificar las razones que las justifican (p. 38).

Tanto el allanamiento como el reconocimiento tienen largo historial en los procedimientos colectivos –e individuales– ante el Indecopi y desde la vigencia del Código del Consumidor.

En adelante, se realizará una reseña de los pronunciamientos emitidos por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, la Sala), los cuales han variado según la conformación de vocales y según las modificaciones del Código del Consumidor.

En el año 2012, la Sala –en mayoría– declaró que el allanamiento del proveedor no implica el efecto de exonerarlo del pago de las costas y costos (Resolución n.º 3575-2012/SPC-INDECOPI). La razón fue que el principio *in dubio pro consumidor* contenido en el Código del Consumidor establece que el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores; en este sentido, no resultaba aplicable la norma contenida en el artículo 413 del Código Procesal Civil que establece que el allanamiento ocasiona el efecto de la exoneración del pago de costas y costos (Resolución n.º 3575-2012/SPC-INDECOPI, fundamentos n.º 12 y 13).

El vocal Montoya –en su voto singular– consideró que el allanamiento no procede en los procedimientos de consumidores (Resolución n.º 3575-2012/SPC-INDECOPI). Justificó su decisión en que la autoridad administrativa tiene el deber de verificar previamente la efectiva comisión de una infracción administrativa para imponer la sanción. El allanamiento únicamente implicaba la manifestación para satisfacer la pretensión del denunciante, esto es, las medidas correctivas pretendidas. Por tanto, no se podía permitir que el allanamiento elimine la controversia dejando de lado el ejercicio de la potestad sancionadora.

Sin embargo, el vocal Montoya manifestó que el reconocimiento –otra figura también contenida en el artículo 330 del Código Procesal Civil– sí resultaba aplicable. Esto porque mediante el reconocimiento, el denunciado no solo acepta la pretensión del denunciante sino la veracidad de los fundamentos de la pretensión, admitiendo haber infringido las normas de protección al consumidor. En este sentido, no entra en contradicción con el ejercicio de la potestad sancionadora.

De otro lado, en el mismo año 2012, la Sala del Tribunal –por unanimidad– declaró que el allanamiento no constituía una circunstancia atenuante que deba ser considerada al graduar la sanción (Resolución n.º 3499-2012/SPC-INDECOPI). La razón fue si bien el allanamiento del denunciado implica la aceptación de la pretensión del consumidor, esta figura no evidencia una subsanación de la conducta infractora para ser evaluada como un atenuante de conformidad con el artículo 112 del Código del Consumidor (Resolución n.º 3499-2012/SPC-INDECOPI, fundamento 13).

Posteriormente, en el año 2016, el Código del Consumidor fue modificado mediante el Decreto Legislativo 1308. Así, el allanamiento y reconocimiento fueron incorporados en el artículo 112 del Código del Consumidor que regula las circunstancias atenuantes. Si alguna de ellas era planteada por el denunciado ocasionaba los siguientes efectos: (a) la conclusión liminar del procedimiento y (b) si se planteaban en el plazo de los descargos (b.1) *podría* imponerse una amonestación, salvo en las controversias de discriminación, vida, salud y sustancias peligrosas donde la sanción será pecuniaria y (b.2) exoneraba al proveedor del pago de los costos pero no de las costas.

En el año 2017, se emite la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI “Directiva que regula los procedimientos en materia de protección al consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor” (en adelante la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI) el cual reguló los alcances del allanamiento y reconocimiento (art. 4.7.1):

- (i) Sus efectos no serán aplicables para los casos de defensa de intereses colectivos y difusos, iniciados por asociaciones de consumidores y por el Indecopi de oficio.
- (ii) El allanamiento o reconocimiento podía abarcar la totalidad de las pretensiones o alguna de ellas.

- (iii) Sin perjuicio de que se planteen, el órgano resolutorio debe verificar previamente si la denuncia es procedente conforme al artículo 108 del Código.
- (iv) En ambas, la autoridad se pronuncia sobre la responsabilidad administrativa del denunciado, pudiendo declarar fundada la denuncia; además, disponiendo la inscripción en el registro de infractores, imponiendo la sanción, ordenando la medida correctiva y las costas y costos, según corresponda.
- (v) Si se planteaban en el plazo de los descargos, se *impondrá* una amonestación y exoneración del pago de los costos.
- (vi) Si se planteaban fuera del plazo de los descargos o su prórroga, se *impondrá* una sanción pecuniaria aplicándose como atenuante de la graduación y se condenará al pago de las costas y costos.

En lo atinente a esta tesis, según la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI, en los procedimientos colectivos –iniciados por asociaciones de consumidores o el Indecopi de oficio– no se aplicaba los efectos del allanamiento y reconocimiento. No obstante, esta distinción de no aplicación no constaba en el texto del artículo 112 del Código del Consumidor modificado mediante el Decreto Legislativo 1308.

En el año 2016, en el procedimiento colectivo iniciado por la Aspec contra Cencosud Retail Perú, este planteó el reconocimiento dentro del plazo de los descargos; la Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 no le aplicó los efectos al tratarse de un caso de derecho o interés difuso según la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI. En sede de apelación, la Sala confirmó la decisión de primer grado y precisó que en observancia del principio de especialidad se prefería la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI sobre el artículo 112 del Código del Consumidor (Resolución n.º 438-2018/SPC-INDECOPI, fundamento n.º 37).

Sin embargo, meses después del 2018, hubo un cambio de criterio. En el procedimiento colectivo de la Asociación Defensoría del Consumidor y Usuarios contra Chirry's Inversiones, esta se allanó en el plazo de los descargos; la Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 no le aplicó los efectos al tratarse de un caso de interés difuso. En sede de apelación, la Sala revocó la decisión fundándose en el principio de jerarquía normativa; por lo cual, primaba el artículo 112 del Código del Consumidor sobre la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI la cual no podía limitar situaciones jurídicas favorables establecidas en aquel (Resolución n.º 2363-2018/SPC-INDECOPI, fundamentos n.º 15-32).

De otro lado, según la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI, si el allanamiento o reconocimiento se planteaban en el plazo de los descargos, estableció que se *impondrá* una amonestación al denunciado, en el sentido de un mandato imperativo (no derrotable) para los órganos resolutivos. En cambio, en el tenor del artículo 112 del Código del Consumidor modificado mediante el Decreto Legislativo 1308, se estableció que si el allanamiento o reconocimiento se planteaban en el plazo de los descargos, entonces *podría imponerse* una amonestación, lo cual constituye una facultad y no un mandato.

En estas idas y vueltas casuísticas, en el año 2019, se emitió la Directiva 001-2019/DIR-COD-INDECOPI que modificó la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI respecto de los alcances de las figuras procesales del allanamiento y reconocimiento cuyo texto del artículo 4.7.1 se resume en los siguientes cambios relevantes:

- (i) Sus efectos sí serán aplicables para los casos iniciados de parte y por el Indecopi de oficio de conformidad con el Código y el artículo 257.2 literal a) del TUO de la Ley 27444.

- (ii) Si el allanamiento o reconocimiento se planteaban en el plazo de los descargos, se *podrá imponer* una amonestación y se ordenará la exoneración del pago de los costos únicamente si alcanza todas las pretensiones del denunciante.

La primera modificación no hace más que formalizar –a nivel reglamentario– lo que la Sala ya había realizado cuando invocó el principio de jerarquía normativa para que prevalezca el texto del artículo 112 del Código del Consumidor, el cual no distingue ningún escenario para la no aplicación de los efectos del allanamiento y reconocimiento. Para esta aplicación, el órgano resolutorio debe considerar la premisa normativa contenida en el artículo 257.2 literal a) del TUO de la Ley 27444 el cual preceptúa que constituye una condición *atenuante* de la responsabilidad si iniciado el procedimiento sancionador, el proveedor reconoce su infracción de forma expresa y por escrito.

Como se advierte, ambas modificaciones se explican conjuntamente. En primer lugar, queda claro que sí se aplican los efectos del allanamiento y reconocimiento en casos de derechos supraindividuales. En segundo lugar, también queda claro que si el denunciado plantea alguna en el plazo de los descargos, el órgano resolutorio *evaluará* si impone una sanción de amonestación o no, en tanto se trata de una facultad y no de un mandato. Por tanto, es perfectamente posible que la sanción sea pecuniaria (multa) a pesar de que se planteen dentro del plazo de los descargos, máxime si la norma contenida en el artículo 257.2 literal a) del TUO de la Ley 27444 constituye un atenuante y no un eximente.

No se debe obviar la siguiente observación. Si bien permanece vigente la opción del proveedor de allanarse o reconocer la totalidad de las pretensiones o solo alguna de ellas (art. 4.7.1 literal b de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI), este margen se ve menguado en sus ventajas. Esto porque si opta por allanarse o reconocer alguna de las pretensiones y no la totalidad, entonces no se ordenará la exoneración de los costos según el

artículo 4.7.1 literal e), modificado por la Directiva 001-2019/DIR-COD-INDECOPI. Por tanto, resulta menos ventajoso el hacerlo de forma parcial.

Finalmente, es de utilidad esgrimir otros criterios actuales de la Sala respecto de los actos procesales del allanamiento y reconocimiento:

- (i) Si el proveedor invoca el allanamiento en primera instancia, renuncia a su derecho de contradicción y se somete a la potestad de la autoridad a efectos de concluir la *litis*; por tanto, no resulta amparable que ante la segunda instancia, bajo otros alegatos y medios de prueba, regrese a la discusión sobre el fondo (Resolución n.º 1419-2018/SPC-INDECOPI, fundamento n.º 44).
- (ii) El hecho de que el denunciado formule argumentos de defensa para desvirtuar su responsabilidad no resulta una justificación válida para no considerar el allanamiento presentado en el plazo de los descargos y sus efectos; por tanto, corresponde considerar el allanamiento expresamente formulado y determinar la responsabilidad, sin efectuar un análisis de fondo (Resolución n.º 327-2019/SPC-INDECOPI, fundamentos n.º 23 y 24).
- (iii) Si el proveedor denunciado, en su escrito de descargos, hubiera condicionado la aplicación del allanamiento a la evaluación previa de su responsabilidad, a través del análisis de alegatos y medios probatorios presentados, de tal manera que solo en el caso de que se determine su responsabilidad, se considere el allanamiento planteado, constituye la desnaturalización de dicha figura procesal (Resolución n.º 966-2019/SPC-INDECOPI, fundamento n.º 17).

Dicho lo pertinente, en el siguiente apartado, se abordará el tema medular de la presente tesis, esto es, la anticipación de tutela cuya denominación textual en el Código del Consumidor resulta errónea: “medidas cautelares”. En su contenido, se expondrán las

razones de que, en realidad, se tratan de técnicas procesales de anticipación de tutela. Así también, se esgrimirán los pronunciamientos de la Sala al respecto.

8. MEDIDAS CAUTELARES (*RECTIUS*: ANTICIPACIÓN DE TUTELA) Y DE COERCIÓN

8.1 RÉGIMEN LEGAL Y NATURALEZA

Como no podía ser de otro modo, en el procedimiento colectivo contenido en el Código del Consumidor, procede el dictado de medidas cautelares (*rectius*: anticipación de tutela), que pueden ser una o varias. Así también, la asociación de consumidores legitimada puede presentar la solicitud cautelar o puede ser dictada de oficio (art. 109 del Código del Consumidor).

La competencia para resolver el pedido –o solicitud– de medida cautelar, en principio, recae en la Comisión de Protección al Consumidor (órgano resolutorio de primer grado). Sin embargo, la Secretaría Técnica en tanto órgano instructor es quien tiene el primer contacto con los hechos del procedimiento colectivo. Así, en el segundo párrafo del artículo 109 del Código del Consumidor, se ha previsto la regla que confiere el poder al secretario técnico de conceder y dictar la medida cautelar, siempre que exista peligro actual e inminente. Posteriormente, la Comisión ratifica la decisión o la levanta.

La solicitud cautelar se puede presentar y conceder “[e]n cualquier etapa del procedimiento” (art. 109 del Código del Consumidor); este texto admite, al menos, dos interpretaciones. La primera, no procede la presentación de medidas cautelares antes –o fuera– de la incoación del escrito postulatorio (denuncia de actos ilícitos y solicitud de tutela). La segunda, procede su presentación junto al escrito postulatorio, durante el desarrollo instructivo, antes de la decisión final de primer grado y después de esta ante la Sala Especializada en Protección al

Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, la Sala), siempre y cuando alguna de las partes haya impugnado la decisión.

La Sala, en reiterados pronunciamientos, ha especificado la procedencia de la solicitud cautelar mientras subsista el interés del solicitante en los siguientes escenarios (Resolución n.º 2561-2019/SPC-INDECOPI de fecha 18 de setiembre de 2019, fundamento n.º 19):

- (i) Cuando se encuentre *pendiente* que el órgano resolutorio de primer grado emita una resolución sobre el fondo del asunto controvertido denunciado (acciones ilícitas), o
- (ii) Cuando, pese a que el órgano de primer grado hubiese expedido un pronunciamiento sobre las acciones ilícitas denunciadas, este no constituya un acto firme porque las partes lo impugnarón, sin que se hubiese emitido aún una resolución sobre el fondo de la controversia por parte de la Sala.

El plazo para la resolución de la solicitud de medida cautelar (*rectius*: medidas anticipatorias) es importante para esta tesis. Como ya se ha dicho, el procedimiento colectivo de protección al consumidor tiene una duración de 120 días hábiles; esto en aplicación de la décimo cuarta disposición final de la Ley 27809 Ley General del Sistema Concursal. Ahora bien, la Sala ha manifestado que ese mismo plazo también es aplicable para la resolución de solicitud cautelar y su apelación ya que “dicha disposición no hace diferencia entre procedimientos principales y accesorios” (Resolución n.º 151-2020/SPC-INDECOPI de fecha 15 de enero de 2020, fundamentos n.º 22 y 23).

De otro lado, según el texto introductorio del artículo 109 del Código del Consumidor, las medidas cautelares están “destinadas a *asegurar* el cumplimiento de la decisión definitiva” (cursiva añadida). El aseguramiento de la ejecución de la decisión final como finalidad de la decisión cautelar compatibiliza con la tutela de tipo resarcitoria –dineraria– o condena de dar, pero no con la tutela preventiva (inhibitoria y de remoción). En este sentido, si la tutela

solicitada es en equivalente a dinero (tutela resarcitoria), es lógico asegurar los bienes del emplazado a través de la medida cautelar, por ejemplo, de embargo para la ejecución de la decisión final.

No obstante, dicho texto introductorio del artículo 109 del Código del Consumidor, contrasta y difiere con la lista enunciativa de las literales a), b), c) y d), vista enseguida:

- a. La cesación de los actos materia de denuncia.
- b. El comiso, el depósito o la inmovilización de los productos, etiquetas, envases y de cualquier otro bien que sea materia de denuncia.
- c. La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de denuncia.
- d. El cierre temporal del establecimiento del denunciado.

En primer lugar y en general, la cesación de los actos ilícitos denunciados (art. 109 literal a) implica la orden de dejar de hacer –deshacer– de la acción permanente ilícita que se lleva a cabo hasta el tiempo presente; así también, implica la orden de hacer ante la omisión permanente.⁶⁹ Así, el objeto *no* es asegurar la eficacia de la ejecución de la decisión final, sino la vigencia y satisfacción del derecho supraindividual amenazado o afectado –en sentido lato–. No resulta extraña la observación de que tales órdenes sean idénticas a las pretendidas por el legitimado en el procedimiento principal.

En segundo lugar, es lógico que las decisiones de comiso, depósito e inmovilización de productos y etiquetas (art. 109 literal b) son especies de órdenes de cesación (literal a). Esto porque tiene por objeto *cesar* acciones permanentes ilícitas como la venta de mercadería y

⁶⁹ La Ley 1/2000 Ley de Enjuiciamiento Civil de España contiene un tipo de medida cautelar específica en este sentido: “La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo” (art. 727.7). La profesora Ariza (2012) concuerda con Díez-Picazo Giménez cuando dice que esta medida no tiene un mero contenido de aseguramiento sino que es anticipatoria ya que el contenido es el mismo que pretende el actor; no obstante, puntualiza que es provisional y temporal (p. 191).

envases (por omisión de información, no idóneos o riesgo a la seguridad), o exhibición de envolturas o etiquetas de productos. En este sentido, no aseguran el cumplimiento de la decisión final sino que satisface la alteridad del derecho supraindividual de los consumidores. De allí, que se asemejen a la medida correctiva complementaria contenida en el literal c) del artículo 116 del Código del Consumidor.

En tercer lugar, la orden dirigida hacia las autoridades aduaneras para que adopten medidas necesarias que *impidan* el ingreso al país de productos objeto de denuncia (art. 109 literal c), también implica la alteridad del derecho supraindividual de los consumidores ante alguna amenaza cierta e inminente. Si tales productos ni siquiera pueden ingresar al país, entonces no habrá posibilidad de que sean comercializados al grupo de consumidores, por lo que se neutraliza la amenaza de un acto ilícito, a la vez que inédito. En este sentido, esta orden no tiene por objeto asegurar la ejecución de una futura decisión final sino que satisface al derecho supraindividual *ex nunc* (desde ahora).

En cuarto lugar, la orden cautelar del cierre temporal del establecimiento del proveedor denunciado (art. 109 literal d), también es una especie de orden de cesación; específicamente, es un dejar de hacer. No solo se refiere a establecimientos que expenden productos (p. ej. alimentos y bebidas), sino a la prestación de servicios (p. ej. educativos). De este modo, desde el momento del cierre del establecimiento, por más temporal que sea, implica la satisfacción del derecho supraindividual del grupo de consumidores y usuarios. Por tanto, su objeto no es asegurativo sino satisfactivo.

Del análisis general, las decisiones u órdenes contenidas en las literales a), b), c) y d) del artículo 109 del Código del Consumidor, implican la satisfacción material del derecho supraindividual, a través de una verdadera tutela preventiva (inhibitoria). Sin embargo, no se puede afirmar que sean idénticas a las pretensiones principales del legitimado; de hecho, cada una tiene carácter temporal, provisional, condicional y variable (caracteres que sí

comparte con la tutela cautelar). A propósito, sirve revisar la normativa procesal aplicable por supletoriedad.

En efecto, la norma contenida en el artículo 157.2 del TUO de la Ley 27444 establece que las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el desarrollo del procedimiento, de oficio a solicitud de parte; la justificación yace en las circunstancias sobrevinidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción. Así también, la norma contenida en el artículo 157.3 del TUO de la Ley 27444 preceptúa que las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento.

En aplicación supletoria del Código Procesal Civil, “toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable” (art. 612). En esta línea, tanto el titular de la medida como la parte afectada pueden solicitar su variación en cualquier estado del proceso (art. 617 del Código Procesal Civil). En otra sede, también se predicen las características –no caracteres– de provisional, instrumental, temporal, importa un prejuzgamiento, contingente, mutable –variable y sustituible– y caducable (Guerra, 2016, pp. 75-79).

Pese a la normativa y opinión expuestas, al grupo y conjunto de consumidores más que importarle las características de temporal, provisional, condicional y variable, entenderá que, en la hora presente, su derecho supraindividual está siendo tutelado tempestivamente. El pedido de parte o de oficio que pretenda su modificación, levantamiento o variación debe justificarse suficientemente; incluso, la apelación no suspende los efectos de la orden cautelar. Por tanto, mientras esté vigente la orden cautelar (anticipación de tutela), el estado de satisfacción del derecho supraindividual es real.

De otro lado, es pertinente señalar que en la versión primigenia del literal e) del artículo 109 del Código del Consumidor, se establecía lo siguiente: “Cualquier otra medida que tenga por objeto *evitar* que se produzca algún perjuicio derivado del acto denunciado o que tenga como finalidad la *cesación* de este”. Luego, en el año 2016, por la modificación introducida mediante el Decreto Legislativo 1308, el literal e) del artículo citado quedó así: “Cualquier otra medida necesaria y adecuada a fin de *salvaguardar la eficacia de la decisión final* de la autoridad competente, considerando para tales efectos el peligro que podría conllevar la continuación de la conducta denunciada o la prolongación de sus efectos”.

Del párrafo precedente, se pueden extraer, por lo menos, dos conclusiones. La primera, las hipótesis de medidas cautelares (*rectius*: anticipación de tutela) contenidas en los literales a), b), c) y d) constituyen una lista enunciativa y no taxativa; por tanto, *numerus apertus*. La segunda, se reitera que la finalidad de cualquier medida cautelar es asegurativa de la eficacia de la decisión, a través del término “salvaguardar”; no obstante, ya se ha dicho que debido a la naturaleza de las pretensiones en el proceso colectivo, la decisión cautelar no puede tener otra finalidad que la satisfacción del derecho supraindividual.

En conclusión, las denominadas “medidas cautelares” contenidas en los literales a), b), c) y d) del artículo 109 del Código del Consumidor no tienen –si acaso cabe el sustantivo biológico– *naturaleza* asegurativa sino satisfactiva del derecho material supraindividual. Y esto a pesar de que en el texto introductorio y el literal e) del mismo artículo 109 del Código del Consumidor se señale lo opuesto.⁷⁰ Desde la notificación al proveedor del acto que

⁷⁰ La profesora Guerra (2016), en estudio predominante del articulado del Código Procesal Civil, concluye que en el Perú solo se tienen reguladas la tutela cautelar con diferentes formas de medidas cautelares, específicamente, las medidas temporales sobre el fondo contenidas en los artículos 674 al 681 del Código Procesal Civil (p. 45). Sintetiza que las características de la tutela anticipatoria son la existencia de un proceso, no se dicta *inaudita altera parte*, persigue la inmediata realización del derecho, los efectos deben ser reversibles, peligro en la demora, conducta del demandado y aplicación del principio de congruencia (pp. 45 y 46).

contiene la decisión cautelar, y cumplidas las condiciones y plazo, habrá satisfacción actual (no cautela) para el grupo colectivo o difuso de consumidores y asociaciones. Por tanto, son –en estricto– medidas o providencias de *anticipación de tutela* (inhibitoria y de remoción).⁷¹

8.2 PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA

En adelante, se realizará una reseña de los presupuestos para la procedencia y fundabilidad de las medidas o providencias de anticipación de tutela, considerados por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, la Sala) en sus diversas decisiones de procesos colectivos. Se debe precisar, además, que el orden de aparición de los presupuestos obedece a una lógica conjunta, considerada así por la misma Sala.

Si bien es cierto que las medidas de anticipación de tutela están reguladas en el Código del Consumidor, los presupuestos no aparecen de forma textual en él. En este escenario, los órganos resolutivos del Indecopi, entre ellos la Sala, citan el omnipresente artículo 10 del Decreto Legislativo 807, el cual establece que “podrán dictar, de ser necesario, medidas cautelares dirigidas a *evitar que un daño se torne en irreparable*, siempre que exista *verosimilitud del carácter ilegal del daño*” (cursivas añadidas). No es de extrañar que el tenor literal de la denominación de los presupuestos se extraiga de esta regla, como se verá más adelante.

Más allá de lo anterior, se debe adelantar el contraste de estos presupuestos legales y resolutivos con los presupuestos teóricos expuestos en el capítulo I. En primer lugar, los

⁷¹ De allí su trascendencia en primera línea, aunque no deja de tener razón la siguiente reflexión: “La priorización es importante. Sin embargo, de ordinario, los reguladores se concentran en aquellos temas que parecen más problemáticos a la vista del público. Cuando en el Perú ocurrió un problema con la etiqueta de un producto lácteo, se produjo un gran debate no solo académico, sino plagado también de notas periodísticas. La situación era difícilmente una que mereciera el revuelo que tuvo; sin embargo, la agencia de competencia peruana tuvo que dar explicaciones e, incluso, acelerar ciertas acciones concretas de cara al proveedor involucrado. ¿Se habría actuado de esta manera si no hubiera existido “alarma” ante la percepción popular?” (Rodríguez, 2019, p. 65).

órganos resolutivos no consideran el presupuesto –alternativo al del peligro en la demora– de la comprobación del abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del denunciado. En segundo lugar, los órganos resolutivos no evalúan el presupuesto negativo de que no se otorgará la medida anticipatoria si existe el peligro de irreversibilidad⁷². Finalmente, añaden el presupuesto de la adecuación de la medida en el sentido de su proporcionalidad.

8.2.1 VEROSIMILITUD DEL CARÁCTER ILEGAL DEL DAÑO

Respecto del presupuesto de la verosimilitud del carácter ilegal del daño, la Sala ha reiterado el siguiente fundamento abstracto en diversas decisiones (Resoluciones n.º 2561-2019/SPC-INDECOPI de fecha 18 de setiembre de 2019, y 1237-2020/SPC-INDECOPI de fecha 5 de agosto de 2020):

(...) la autoridad administrativa no requiere tener certeza de la comisión de una infracción sino únicamente verificar la apariencia de esta. En tal sentido, el mandato cautelar impone a la Administración el deber de efectuar un razonamiento sobre la probabilidad de que la infracción imputada realmente exista, lo que finalmente se establecerá en la resolución final.

No pasa desapercibido que la denominación íntegra del presupuesto sea la *verosimilitud del carácter ilegal del daño*. En este sentido, se pueden descomponer las siguientes categorías concatenadas: (i) verosimilitud, (ii) ilegalidad y (iii) daño. No deja de ser llamativa semejante y compleja relación. Como ya se ha defendido en la presente tesis, nada tiene que hacer la categoría del “daño” para la procedencia de la técnica de anticipación de tutela

⁷² Sin embargo, parece que las notas distintivas de este presupuesto (proporcionadas por doctrina *supra*), permiten concluir tentativamente que estarían contenidas en los otros presupuestos. Las claves son la reducción de la superficialidad de la cognición en el *fumus*, comparación valorativa de daños por el otorgamiento o denegación de la medida, entre otros.

(medidas anticipatorias). En opinión del tesista, la Sala continúa repitiendo el error contenido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 807, sin que haya reflexionado en ello.

Más allá del rótulo denominativo de este presupuesto, la Sala no parece dotar de peso a la categoría del “daño”, según se advierte del contenido del fundamento abstracto citado. La Sala, únicamente, analiza la verosimilitud de la infracción imputada al proveedor; en otras palabras, la verosimilitud del acto ilícito y no del daño. Así, se puede concluir –con cargo a analizar fundamentos en casos concretos– que para la Sala la categoría del “daño”, por más que aparezca como denominativa, no tiene influencia para el sentido de la decisión.

Luego, en el capítulo I, se hizo la distinción entre verosimilitud y probabilidad. La Sala si bien denomina este presupuesto como de verosimilitud –del acto ilícito–, en su fundamentación establece sus alcances en términos de *probabilidad* y lo compara con la *certeza* para optar por aquella y no por esta. En el mismo sentido, se puede concluir –con cargo a analizar fundamentos en casos concretos– que para la Sala la categoría de “verosimilitud”, por más que aparezca como denominativa, se le identifica como probabilidad.

8.2.2 QUE LA INTERVENCIÓN PREVENTIVA SEA NECESARIA PARA EVITAR QUE EL DAÑO OCASIONADO SE TORNE EN IRREPARABLE

Respecto del segundo presupuesto, la Sala ha dicho que la doctrina la conoce como “peligro en la demora” y que se refiere a (Resoluciones n.º 2561-2019/SPC-INDECOPI de fecha 18 de setiembre de 2019, y 1237-2020/SPC-INDECOPI de fecha 5 de agosto de 2020):

(...) la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde su inicio hasta que se emita la sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que actos de la contraparte impidan el cumplimiento de lo pretendido por los denunciantes, sino también en que el transcurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece una tutela especial.

Tampoco pasa desapercibido que la denominación íntegra de este presupuesto sea *que la intervención preventiva sea necesaria para evitar que el daño ocasionado se torne en irreparable*. En este sentido, se puede descomponer en la siguiente relación: (i) intervención preventiva que justifique (ii) evitar la irreparabilidad del daño ocasionado. Si se analiza detenidamente, ni siquiera se buscaría evitar el daño sino su imposible reparación, en tanto que el daño se tiene ya por ocasionado.

La categoría del daño –civil– es ajena para la evaluación del otorgamiento –o denegación– de las medidas anticipatorias de tutela. Como se ha dicho en el capítulo I, el peligro temido es la *tardanza* que consiste, sintéticamente, en el estado de insatisfacción del derecho supraindividual (y su prolongación) mientras se sustancie el procedimiento colectivo. El eje debe ser la alteridad del derecho supraindividual, buscando impedir la práctica, reiteración o permanencia del *acto ilícito* o remoción de sus efectos. Está fuera del marco constitucional vincular este presupuesto, de forma directa, con el *daño* y, peor aún, con su irreparabilidad.

Ahora bien, más allá del rótulo denominativo de este presupuesto, la Sala no hace ninguna referencia al daño –civil– en el contenido de su fundamentación. Su análisis se aproxima, más bien, al peligro de la tardanza en tanto deja constancia de que el transcurso del tiempo constituye *per se* un estado de amenaza que merece una tutela especial. Además, no se descarta el análisis de los actos de la contraparte. Así, se puede concluir –con cargo a analizar fundamentos en casos concretos– que para la Sala la categoría del “daño”, por más que aparezca en la denominación del presupuesto, no tiene ninguna influencia para el sentido de la decisión.

8.2.3 ADECUACIÓN DE LA MEDIDA

Si bien el presupuesto de la adecuación de la medida no se extrae del texto del artículo 10 del Decreto Legislativo 807, sí consta en el segundo párrafo del artículo 109 del Código del

Consumidor: “[e]l órgano resolutorio puede, de considerarlo pertinente, ordenar una medida cautelar distinta a la solicitada por la parte interesada”. En este sentido, el legitimado debe observarlo para la pertinencia de su solicitud. No obstante, el hecho de que el legitimado omita hacerlo, no conlleva la denegatoria de la solicitud de medida anticipatoria puesto que el órgano resolutorio deberá efectuar la adecuación.

La adecuación de la medida anticipatoria significa que la forma de medida anticipatoria solicitada esté alineada con los hechos controvertidos del procedimiento colectivo. Como ya se ha sostenido, la lista enunciativa de formas de medidas anticipatorias contenidas en las literales a), b), c) y d) del artículo 109 del Código del Consumidor, no son las únicas a considerar. Incluso, la medida de cesación de los actos (literal a) es bastante general; por lo cual, se debe explicitar en qué consiste la medida. En este sentido, la adecuación se entiende como la proporcionalidad de la medida para alcanzar un determinado resultado.

8.3 EJECUCIÓN Y MEDIDAS DE COERCIÓN

Como ya se había estructurado en el capítulo I de la presente tesis, otra de las técnicas procesales para la tutela preventiva del derecho supraindividual es el dictado de medidas coercitivas que obliguen la ejecución de la medida o providencia de anticipación de tutela. En otras palabras, la efectividad de la tutela preventiva yace en el indisoluble binomio de las técnicas procesales de anticipación de tutela y medidas coercitivas. Por efectividad se entiende la ejecución de las órdenes o medidas de anticipación de tutela en su forma, contenido y plazos.

Las normas contenidas en el artículo 117 del Código del Consumidor materializan las medidas coercitivas a través de multas, según el tamaño de la empresa y persistencia en el incumplimiento:

- (i) Si el obligado a cumplir con un mandato de medida cautelar (anticipatoria) no lo hace, se le impondrá una multa coercitiva no menor de una UIT tratándose de microempresa y en los otros supuestos se impondrá una multa no menor de tres UIT (primer párrafo).
- (ii) Si se persiste en el incumplimiento de la medida cautelar (anticipatoria), la Comisión puede imponer una nueva multa, duplicándola sucesivamente hasta el límite de doscientas UIT (segundo párrafo).
- (iii) No cabe impugnación contra estas multas coercitivas (tercer párrafo).

Si los órganos resolutivos cuentan con información sobre el tamaño de la empresa, deberían apercibir, en la misma decisión anticipatoria, con la *cuantía* de la multa coercitiva que se podría imponer por la hipótesis del incumplimiento. En igual sentido debe ser si, además, la decisión anticipatoria recae sobre el administrador del proveedor y se cuenta con información sobre su remuneración. Si no se cuenta con ninguna información, de todos modos, se debería realizar el apercibimiento, en la misma decisión anticipatoria, con los límites de las multas coercitivas contenidas en el primer y segundo párrafo del artículo 117 del Código del Consumidor.

En efecto, en la decisión del otorgamiento de medidas anticipatorias, se debe *apercibir* al obligado a presentar los medios probatorios que acrediten el cumplimiento en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados desde el vencimiento del plazo que se otorga para el cumplimiento de la medida, bajo *apercibimiento* de imponer las multas coercitivas (art. 4.8, segundo párrafo, de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI). En caso se produzca el incumplimiento de la medida anticipatoria, la administración actuará de oficio e impondrá la multa coercitiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la misma Directiva (art. 4.8, tercer párrafo, de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI).

La asociación también deberá comunicar, por escrito, el incumplimiento; luego, el órgano resolutorio de primer grado *podrá* otorgar al obligado un plazo de dos (2) días hábiles para cumplir con la medida anticipatoria (arts. 4.11.1 y 4.11.2 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI). Si el obligado no acredita el cumplimiento, entonces se le impondrá la multa coercitiva; en caso de que el órgano resolutorio verifique el cumplimiento, enviará la comunicación a la asociación y si esta considera que persiste el incumplimiento, podrá solicitar el inicio de un procedimiento sancionador en vía de ejecución conforme con el artículo 106 literal f. iii del Código del Consumidor.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el órgano resolutorio omitió expresar el apercibimiento? Esta omisión no es deseable porque deja espacios de discusión lo cual implica más demora, en perjuicio del derecho supraindividual. Sin embargo, el texto legal de las medidas coercitivas (art. 117 del Código del Consumidor) está redactado en términos categóricos e imperativos (no facultativo). Así, ante la verificación de las hipótesis de incumplimiento y persistencia, el órgano resolutorio, únicamente, observará los límites para graduar la cuantía de la multa. Por tanto, la omisión del apercibimiento no libera al obligado que incumplió de ser pasible de las técnicas de coerción (multas sucesivas).

Si bien en este capítulo II, se han analizado las instituciones procesales a la luz de las resoluciones de los órganos resolutorios del Indecopi, no se han analizado exhaustivamente todas las piezas de un procedimiento colectivo según el expediente. En el siguiente capítulo III, se profundizará en el análisis de casos concretos desde el escrito postulatorio hasta la decisión que otorga o deniega la medida anticipatoria. Incluso, si la Sala –en grado de apelación– confirma o revoca la decisión. Finalmente, para la cabal comprensión del análisis se considerará el marco teórico de los capítulos I y II.

CAPÍTULO III

TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES DE LOS CONSUMIDORES EN EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO:

¿INAPLICABLE O PROCEDENTE?

1. PRODUCTOS VACACIONALES CON CLÁUSULAS ABUSIVAS: ACUREA VS. BLUE MARLIN BEACH CLUB (EXPEDIENTE N.º 662-2018/CC2)

1.1 HECHOS RELEVANTES

El primer caso inició el día 26 de abril del año 2018. En esta fecha, la Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Ancash (en adelante, Acurea) presentó una denuncia contra Blue Marlin Beach Club S.A. –cadena de hoteles Decameron– (en adelante, Blue Marlin) ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 (en adelante, la Secretaría Técnica) por presuntas infracciones a las normas contenidas en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código del Consumidor). La Acurea alegó legitimación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores.

La Acurea presentó ejemplares de contratos de adhesión de las series P y PJ por los cuales Blue Marlin contrató con consumidores el programa *Multivacaciones Decameron*. Manifestó que, en dichos contratos, había incurrido en actos ilícitos como la consignación de seis (6) cláusulas que calificarían como abusivas, a saber:

- (i) Variación, de forma unilateral, del calendario de años turísticos como la clasificación de semanas vacacionales, sin expresión de motivos de la eventual variación.
- (ii) Variación, de forma unilateral, de los hoteles elegidos, sin expresión de motivos.
- (iii) Cambio, de forma unilateral, de la cadena de intercambio.
- (iv) Modificación al Reglamento de condiciones de uso y operación del programa en cualquier momento.
- (v) La solución de diferencias relacionadas con el contrato, incluso su validez y eficacia, serán sometidos a arreglo directo.
- (vi) La solución de diferencias, en caso de no solucionarse por arreglo directo, será resuelta mediante árbitro único de laudo definitivo e inapelable, con facultad de ejecución.

La asociación dividió sus pedidos de tutela –medidas correctivas complementarias– en dos secciones. En legitimación de consumidores perjudicados, solicitó que la Comisión (i) declare la inexigibilidad de las cláusulas declaradas como abusivas, y ordene a Blue Marlin (ii) la publicación de avisos informativos y (iii) abstenerse de aplicar las cláusulas mientras duren los contratos. Luego, en legitimación de consumidores amenazados, solicitó a la Comisión que (i) comunique los hechos a la autoridad del sector de turismo y (ii) prohíba a Blue Marlin el ofrecimiento del programa mientras no entregue una nueva propuesta de sus contratos.

Más de dos meses después, el 10 de julio de 2018, la Secretaría Técnica notificó la Resolución n.º 1 de fecha 2 de julio de 2018. Calificó que la denuncia era en defensa de *intereses difusos* (fundamentos n.º 3-8). Admitió que las consignaciones de las seis cláusulas constituían presuntas infracciones a las normas contenidas en los artículos 49 –definición de cláusulas abusivas–, 50 –cláusulas de ineficacia absoluta– y 51 –cláusulas de ineficacia relativa– del Código del Consumidor.

El 1 de agosto de 2018, la Acurea solicitó a la Secretaría Técnica el dictado de medidas cautelares de cese (*rectius*: medidas anticipatorias):

- (i) Verosimilitud del derecho subjetivo y acto ilícito: Existe el derecho de protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas (art. 1.1 literal c del Código del Consumidor). Además, en los contratos de adhesión de las series P y PJ, constan las cláusulas que infringen los artículos 50 y 51 del Código del Consumidor.
- (ii) Peligro en la demora: El procedimiento tiene una duración de 120 días hábiles; los derechos colectivos son inviolables y no patrimoniales. Los contratos de las series P y PJ están vigentes y son de duración continuada; por tanto, esperar la resolución final constituye un peligro.
- (iii) Adecuación de la medida:
 - (a) Ordene a Blue Marlin el cese de los efectos de las cláusulas denunciadas mediante comunicados y publicaciones hacia los consumidores.
 - (b) Ordene a Blue Marlin el cese de la amenaza a los intereses colectivos de los consumidores expuestos a contratar mediante publicaciones en su página.

Parcamente, la Secretaría Técnica, mediante Resolución n.º 2 del 13 de noviembre de 2018 –notificada el 22 de noviembre de 2018–, resolvió informar a la Acurea que su solicitud del

dictado medidas cautelares (*rectius*: medidas de anticipación de tutela) será evaluada *oportunamente*.

Según las piezas del expediente, la Secretaría Técnica realizó notificaciones defectuosas al proveedor denunciado. Blue Marlin fue notificada, válidamente, el 16 de noviembre de 2018 con la resolución de admisión a trámite. Al siguiente año, la Secretaría Técnica, mediante la Resolución n.º 3 del 25 de febrero de 2019 –notificada el 5 de marzo de 2019–, otorgó el plazo adicional de tres días a Blue Marlin para la presentación de sus descargos. El día 5 de marzo de 2019, Blue Marlin presentó sus descargos.

Ya, luego de más de un año desde la presentación de la denuncia y de nueve meses de la solicitud de medidas de anticipación de tutela, el día 10 de mayo de 2019, la Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 (en adelante, la Comisión) emitió la decisión de primer grado (Resolución n.º 851-2019/CC2). Declaró abusivas cuatro cláusulas y sancionó a Blue Marlin con 200 UIT, y declaró infundadas las dos cláusulas referentes a la solución de diferencias. Además, la Comisión ordenó a Blue Marlin que, en el plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con inaplicar las cláusulas abusivas en los contratos de las series P y PJ así como de contratos futuros y, en el mismo plazo, las elimine.

En la parte resolutive novena de la misma decisión de primer grado, la Comisión resolvió que “carece de objeto pronunciarse respecto de su solicitud de medida cautelar”. En los fundamentos, la Comisión manifestó que la razón de ello consistía en que se ha emitido el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia (fundamento n.º 105).

Posteriormente, ambas partes apelaron la decisión en los extremos que les resultaron desfavores. No obstante, según el escrito de apelación de la Acurea, esta no apeló la omisión de pronunciamiento de la medida anticipatoria.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, la Sala), mediante Resolución n.º 740-2020/SPC-INDECOPI de fecha 11 de marzo de 2020, emitió el siguiente pronunciamiento:

- (i) Confirmó la decisión de primer grado respecto del carácter abusivo de las cuatro cláusulas,
- (ii) revocó la decisión de infundada y declaró como abusiva la cláusula sobre solución de diferencias mediante árbitro único de laudo definitivo e inapelable con facultad de ejecución,
- (iii) declaró la nulidad sobre la determinación de la multa de 200 UIT,
- (iv) Modificó la medida correctiva y ordenó que Blue Marlin, en el plazo de 15 días hábiles, adecúe sus contratos a *fin* de que cese la conducta de consignar las cláusulas contractuales declaradas como abusivas, entre otros.

Finalmente, el 3 de julio de 2020, Blue Marlin solicitó a la Sala la aclaración de la medida correctiva. La Sala, mediante Resolución n.º 1516-2020/SPC-INDECOPI de fecha 8 de setiembre de 2020, declaró improcedente el pedido de aclaración. No obstante, en sus fundamentos, realizó las siguientes precisiones: (i) el cómo debe proceder Blue Marlin solo es de su manejo mientras cumpla con la finalidad dictada, (ii) ejemplificó que Blue Marlin podría enviar una comunicación a los consumidores contratantes adjuntando copia de la decisión de la Sala y (iii) podría preservar la cláusula arbitral pero adecuando su redacción de que el arbitraje no es la única vía de solución de controversias.

1.2 ANÁLISIS DEL CASO

a. ¿La Secretaría Técnica se excedió del plazo máximo para admitir a trámite la denuncia colectiva?

La Secretaría Técnica tardó 46 días hábiles para emitir la Resolución n.º 1 (desde el 26 de abril de 2018 hasta el 2 de julio de 2018). Tardó 6 días hábiles adicionales para notificar a la asociación (10 de julio de 2018).

Por tanto, se ha verificado que la Secretaría Técnica se excedió del plazo *máximo* de 20 días hábiles según el artículo 4.3.3 de la Directiva n.º 006-2017/DIR-COD-INDECOPI.

b. ¿Se discutía realmente una controversia de derecho supraindividual?

La asociación alegó legitimación en defensa de los *intereses colectivos* de los consumidores. Sin embargo, la Secretaría Técnica calificó que la denuncia era en defensa de *intereses difusos*, sin más explicación. Si bien los derechos difuso y colectivo son tipos de derechos supraindividuales (por la indivisibilidad), la Secretaría Técnica omitió calificar según sus características particulares. Esto importa en la medida que quizá no se esté ante ninguno; sobre todo, importa para elegir la tutela más adecuada y respectivas técnicas procesales.

En primer término, es incorrecto pluralizar el interés como lo han hecho la asociación y Secretaría Técnica; esto es, no son intereses –como una sumatoria de intereses– sino *un* interés o derecho *indivisible* (Gidi, 2004, p. 53). En segundo término, se trata de dos series de contratos de adhesión –series P y PJ– celebrados entre dos grupos de consumidores –un grupo por cada serie– y Blue Marlin; por lo cual, existe vinculación jurídica. Los dos grupos de consumidores de los productos vacacionales preexisten a las acciones ilícitas (Corominas, 2015, p. 35).

Las acciones ilícitas permanentes denunciadas consisten en la consignación de seis (6) cláusulas abusivas. Los dos grupos de consumidores contratantes tienen derecho a la

protección contra las cláusulas abusivas según el art. 1.1 literal e) del Código del Consumidor. Así, en el caso reseñado, la asociación actuó en legitimación extraordinaria del derecho *colectivo* de dos grupos de consumidores contratantes de los productos vacacionales ofertados por Blue Marlin.

Por tanto, sí se discutió una controversia de derecho supraindividual, específicamente, del *derecho colectivo*.

Más allá de lo anterior, tal como se ha sostenido en la presente tesis, para responder a la interrogante de este subtítulo, también se debe analizar los pedidos de tutela. Es decir, a través del análisis de los pedidos de tutela preventiva, es posible advertir si, además del *derecho colectivo* de titularidad de dos grupos de consumidores, se actúa en defensa del derecho difuso de titularidad de un conjunto indeterminado de consumidores (expuestos a contratar).

c. ¿Se solicitaba realmente algún tipo de tutela preventiva (inhibitoria o de remoción)?

Si bien en ninguna pieza del expediente se analiza la modalidad de la acción ilícita, debe decirse que las consignaciones de seis (6) cláusulas presuntamente abusivas, califican como acciones ilícitas *permanentes*. Consecuentemente, los pedidos de tutela deberían fundamentarse en la tutela inhibitoria ya que esta tiene por objeto *impedir* la permanencia de dichas acciones ilícitas permanentes y su repetición en el tiempo futuro (Marinoni, 2008, pp. 30 y 31).

Antes bien, según el recuento de los hechos, la asociación legitimada dividió sus pedidos, por un lado, en legitimación de *consumidores perjudicados* y, por el otro, en legitimación de *consumidores amenazados*. Se debe evidenciar este error pues –como se ha visto en el apartado anterior– la asociación actúa en legitimación extraordinaria del derecho *colectivo*

de dos grupos de consumidores contratantes. No son simplemente consumidores sino dos grupos (indivisibilidad del derecho colectivo). Además, los grupos preexisten a las acciones ilícitas; por lo cual, no aporta en nada distinguirlos entre perjudicados y amenazados.

En cuanto al fondo, los siguientes pedidos de la asociación tienen los siguientes objetos:

- (i) Declaración de inexigibilidad de las cláusulas abusivas: Tiene por objeto impedir la permanencia de las acciones ilícitas de consignación de cláusulas abusivas, a través del cese⁷³ de su exigibilidad en adelante (tutela inhibitoria).
- (ii) Ordene a Blue Marlin que se abstenga de aplicar las cláusulas mientras duren los contratos: También tiene por objeto impedir la permanencia de las acciones ilícitas, así este pedido se vería satisfecho con el anterior (tutela inhibitoria).
- (iii) Ordene a Blue Marlin la publicación de avisos informativos: Tiene por objeto impedir la repetición en el futuro de las acciones ilícitas de consignación de cláusulas abusivas, en tanto los grupos de consumidores conocerán qué cláusulas son abusivas y las razones (tutela inhibitoria).

Según el recuento de los hechos relevantes, la asociación realizó otros dos pedidos adicionales. Sin embargo, el pedido de comunicación a la autoridad de turismo no está argumentado, es decir, no se explica en qué medida tal pedido beneficiaría al derecho colectivo de los dos grupos de consumidores contratantes o, incluso, más allá de estos grupos. Luego, el pedido de prohibición de ofrecer el programa *Multivacaciones Decameron* hasta la modificación de las cláusulas, –en opinión del tesista– excede de los hechos controvertidos pues solo se discuten seis cláusulas y no la totalidad del contrato.

⁷³ Como se concluyó en el capítulo II, el procedimiento colectivo también tiene por objeto cesar acciones permanentes ilícitas según la interpretación lógica del artículo 116 en sistemática con el 109 del Código del Consumidor.

Se debe aportar, en el presente análisis, que el pedido consistente en que se ordene a Blue Marlin la publicación de avisos informativos, va más allá de la defensa del derecho colectivo de los dos grupos contratantes. Si el objeto es impedir la repetición de las acciones ilícitas en el presente y futuro, entonces incluye también al conjunto de consumidores no contratantes pero expuestos a hacerlo. Así, el citado pedido defendería también el derecho *difuso*. Esta observación debe ser considerada para la solicitud cautelar (*rectius*: solicitud de anticipación).

Por lo expuesto, se ha verificado que la asociación Acurea sí solicitó hasta tres pedidos de tutela preventiva inhibitoria concretizados en las medidas correctivas.

d. ¿La asociación solicitó una medida cautelar o medida anticipatoria?

Según el recuento de los hechos relevantes, la asociación solicitó a la Secretaría Técnica que ordene a Blue Marlin dos medidas de cesación en la forma de medida cautelar. No obstante, el hecho de que los haya solicitado en dicha forma, no implica necesariamente que los sea. Antes de dilucidarlo, se debe evidenciar al menos dos errores –uno total y otro parcial– incurridos por la asociación al momento de presentar su solicitud.

El primer error consiste en que solicitó el cese de los *efectos* de las cláusulas; sin embargo, las consignaciones de seis (6) cláusulas presuntamente abusivas no califican como acciones ilícitas con *efectos* permanentes sino acciones ilícitas permanentes. Habría correspondido el cese de los efectos si, en el procedimiento principal, se hubiera denunciado la *aplicación* de dichas cláusulas abusivas a los dos grupos. En este sentido, lo solicitado no se asemeja a las solicitudes de tutela –medidas correctivas– que realizó la asociación ni a los hechos expuestos en el procedimiento principal.

El segundo error parcial consiste en que se solicitó el cese de la amenaza a los intereses colectivos de los consumidores *expuestos a contratar* a través de publicaciones; no obstante,

los dos grupos de consumidores no están expuestos a contratar sino que ya han contratado (derecho colectivo). Más allá de esto, se ha precisado *supra* que la solicitud consistente en que se ordene a Blue Marlin realizar publicaciones en su página, también defendería al conjunto de personas expuesto a contratar (derecho difuso). Esta solicitud sí guarda identidad con lo solicitado a través de las medidas correctivas y los hechos expuestos en el procedimiento principal.

En cuanto al fondo, la solicitud consistente en que se ordene a Blue Marlin realizar publicaciones en su página sobre la vejatoriedad de las cláusulas, **no** asegura la eficacia de la ejecución de la decisión final (no cautelar). En realidad, dichas publicaciones informativas alertarán a los dos grupos de consumidores y conjunto de personas expuesto a contratar para oponerse a una eventual aplicación de las cláusulas (anticipación de lo pretendido en el principal). Esto implica la vigencia del derecho material a la protección contra las cláusulas abusivas y satisfacción, en tiempo presente, del derecho supraindividual. Si bien es temporal, cumpliría la función preventiva.

Por tanto, la asociación no solicitó una medida cautelar sino una medida anticipatoria de tutela.

e. ¿La solicitud de anticipación de tutela se solicitó antes o después del derecho de defensa en el procedimiento principal?

La asociación legitimada presentó su solicitud de anticipación de tutela el día 1 de agosto de 2018. Debido a los defectos de notificación, Blue Marlin presentó sus descargos el día 5 de marzo de 2019 en el procedimiento principal.

Por tanto, la solicitud de anticipación de tutela fue presentada antes de que Blue Marlin ejerza su derecho de defensa en el procedimiento principal.

f. ¿Cuánto tiempo tardó el órgano resolutorio para pronunciarse sobre la solicitud de anticipación de tutela?

La asociación legitimada presentó su solicitud de anticipación de tutela el día 1 de agosto de 2018. La Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 se pronunció sobre dicha solicitud el día 10 de mayo de 2019.

Por tanto, el órgano resolutorio tardó más de 9 meses para pronunciarse sobre la solicitud de anticipación de tutela y lo hizo conjuntamente con la decisión de primer grado.

g. ¿La emisión de la decisión de primer grado implicaba la sustracción de la materia de la solicitud de anticipación de tutela?

La Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 resolvió que “carece de objeto pronunciarse respecto de su solicitud de medida cautelar” en tanto se ha emitido el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia (fundamento n.º 105). En otras palabras, la Comisión asumió que la decisión de primer grado implicaba la sustracción de la materia de la solicitud de anticipación de tutela. Este extremo no fue apelado por la asociación legitimada.

Si bien se dejó consentir este extremo al no ser apelado, esto no implica la corrección de lo fundamentado por la Comisión. Es cierto que la Comisión mediante la decisión de primer grado ordenó a Blue Marlin que, en el plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con inaplicar las cláusulas abusivas en los contratos de las series P y PJ (derecho colectivo) así como de contratos futuros (derecho difuso) y, en el mismo plazo, las elimine. No obstante, estas medidas correctivas quedaron *suspendidas* en tanto Blue Marlin apeló.

Según lo anotado, le correspondía a la Comisión pronunciarse por el fondo de la solicitud de anticipación de tutela, ya sea concediendo o denegando. De ningún modo se explica la declaratoria de sustracción de la materia. La decisión de primer grado sobre el procedimiento principal no constituye un acto firme porque está sujeta a impugnación ante el órgano

resolutivo de segundo grado (la Sala), como ciertamente ocurrió. Así, la Comisión debió evaluar los presupuestos como la verosimilitud del derecho y acciones ilícitas, peligro en la demora y adecuación de la medida.

Por lo expuesto, la emisión de la decisión de primer grado no implica la sustracción de la materia respecto de la solicitud de anticipación de tutela.

h. ¿Se ha verificado que el órgano resolutivo inaplicó las técnicas de anticipación de tutela y medidas coercitivas?

La Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 –órgano resolutivo de primer grado– ni siquiera evaluó los presupuestos de la anticipación de tutela; sencillamente la asimiló como sustracción de la materia. No obstante, constituye también una forma de inaplicación de las técnicas adecuadas como la anticipación de tutela y medidas coercitivas para un caso que sí lo requería. Así, nada pudo impedir la permanencia de las seis cláusulas probablemente abusivas, mientras se prolongó el tiempo del procedimiento (peligro en la tardanza según Calamandrei citado por Proto, 2018, pp. 645 y 646).

Por lo expuesto, se verifica que el órgano resolutivo de primer grado inaplicó las técnicas procesales de anticipación de tutela y las medidas coercitivas.

**2. ADULTERACIÓN DE LA SAL DE COCINA: ACUREA VS. VIGO
(EXPEDIENTE N.º 48-2018/CPC-INDECOPI-CHT)**

2.1 HECHOS RELEVANTES

El presente caso data del 20 de julio de 2018. En esta fecha la asociación Acurea presentó una denuncia contra la comerciante Juana Marleni Vigo Ruiz (en adelante, señora Vigo) ante la Secretaría Técnica de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Ancash sede Chimbote (en adelante, Secretaría Técnica) por presuntos actos ilícitos en vulneración de las

normas del Código del Consumidor. Alegó la defensa de los intereses colectivos de los usuarios *afectados* y amenazados.

La asociación legitimada manifestó que la señora Vigo le habría vendido un saco de sal de la marca *Marina sal de mar Emsal* cuyos envases y contenido –sal– diferían de otros adquiridos en otro establecimiento (supermercado) en fechas coetáneas. En detalle, Acurea indicó que los envases de la señora Vigo tenían un corte recto, serigrafía borrosa de las fechas de lote y vencimiento, y su contenido se hallaba cuarteado; en cambio, los adquiridos en el supermercado tenían corte “serrucho”, serigrafía nítida y el contenido era regular. Por tanto, concluyó, que los productos eran adulterados.

La Acurea realizó dos pedidos de tutela –medidas correctivas complementarias– ante la Comisión: (i) Decomiso y destrucción de la mercadería cuyas características difieran de la marca original y (ii) ordene a la señora Vigo la publicación de avisos rectificatorios sobre los productos cuestionados en medios de comunicación. Solicitó que la Secretaría Técnica realice una inspección el mismo día de la notificación.

En el mismo escrito de denuncia, Acurea solicitó el dictado de la medida cautelar (*rectius*: medidas de anticipación de tutela):

- (i) Verosimilitud del carácter ilícito de los actos: Reiteró las características del corte recto de los envases, serigrafía borrosa de las fechas de lote y vencimiento, y su contenido se hallaba cuarteado, según los envases presentados.
- (ii) Peligro en la demora: El procedimiento tiene una duración de 120 días hábiles; los derechos colectivos son inviolables y no patrimoniales. En la actualidad, se expendían los productos adulterados y los consumidores los adquirían; por tanto, la espera implicaría la vulnerabilidad de los consumidores.

(iii) Adecuación de la medida: Comiso, depósito e inmovilización de productos identificados como adulterados.

Casi un mes después, el 13 de agosto de 2018, la Secretaría Técnica notificó a Acurea la Resolución n.º 1 que admitió a trámite la denuncia. Calificó que el acto denunciado constituía presuntas infracciones a las normas contenidas en los artículos 19 –idoneidad y autenticidad del producto– y 30 –deber de inocuidad del producto– del Código del Consumidor.

Al día siguiente, 14 de agosto de 2018, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Ancash sede Chimbote (en adelante, la Comisión) notificó la Resolución n.º 50-2018/INDECOPI-CHT mediante la cual resolvió denegar la medida cautelar. Los fundamentos fueron los siguientes:

- (i) Se verificó que Acurea adquirió un saco del producto de sal del establecimiento de la señora Vigo por el importe de S/ 23.00 y, además, adquirió dos envases del producto de sal de Hipermercados Tottus; sin embargo, la sola presentación de dichos productos no es suficiente para determinar las infracciones (fundamento n.º 11).
- (ii) En ese sentido, en esta etapa del procedimiento, no es posible contar con elementos probatorios suficientes para generar verosimilitud de las infracciones (fundamento n.º 12).

Según las piezas del expediente, el mismo 14 de agosto de 2018, la Secretaría Técnica realizó una diligencia de inspección en el establecimiento comercial de la señora Vigo. Aquí, halló –en exhibición– tres sacos del producto *Marina sal de mar Emsal*, cada saco contenía 25 envases de 1 kg. La Secretaría Técnica levantó actas e incautó dos envases de muestra, los cuales no contaban con fecha de vencimiento.

La señora Vigo presentó sus descargos el 21 de agosto de 2018, esto es, dentro del plazo previsto de cinco días hábiles desde la notificación. Precisó que se allanaba a la denuncia; en consecuencia, manifestó que había retirado los productos cuestionados (sacos de sal) de forma inmediata y adjuntó fotografías de carteles a través de los cuales informaba a los consumidores sobre dicho retiro.

Durante el desarrollo del procedimiento, la Secretaría Técnica solicitó, mediante carta, a Quimpac S.A. (titular del producto de sal auténtico) para que indicara si el envase presentado por la Acurea había sido elaborado por su empresa; además, que practique análisis físico-químicos para indicar si el producto era apto para el consumo humano. Quimpac S.A. respondió indicando que el producto no correspondía a una producción de su empresa y no era apto para el consumo.

Así también, la Secretaría Técnica ofició a la Red de Salud Pacífico Sur Nuevo Chimbote para que apoye en la remisión hacia la Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria (Digesa) del envase presentado por Acurea y dos más recabados en la inspección. La Digesa emitió el Informe 3351-2018/DCOVI/DIGESA, en mérito al cual reiteraba la normativa aplicable e indicaba que el laboratorio de control ambiental de la Digesa no cuenta con metodología para realizar ensayos de metales pesados en sal para consumo humano.

La Comisión, mediante Resolución Final n.º 52-2019/INDECOPI-CHT de fecha 11 de marzo de 2019, resolvió lo siguiente:

- (i) Desestimó la figura del allanamiento porque la denuncia la interpuso una asociación de consumidores en defensa de intereses colectivos (fundamentos 16-19).
- (ii) Declaró fundada la denuncia de la Acurea contra la señora Vigo por infracción a la norma contenida en el artículo 19 del Código del Consumidor en tanto

- (iii) Declaró fundada la denuncia de la Acurea contra la señora Vigo por infracción a la norma contenida en el artículo 30 del Código del Consumidor en tanto el contenido del producto adulterado podía afectar la salud de los consumidores.
- (iv) Sancionó a la señora Vigo con 10 UIT a razón de 5 UIT por cada acción ilícita.
- (v) Ordenó, como medida correctiva, a la señora Vigo que se abstenga de comercializar el producto que difiera del producto original.

Ambas partes interpusieron sus recursos de apelación contra la decisión de la Comisión. Así, la Sala, mediante Resolución n.º 2949-2019/SPC-INDECOPI de fecha 23 de octubre de 2019, resolvió lo siguiente:

- (i) Confirmó, modificando fundamentos, la decisión de la Comisión que declaró fundadas las denuncias de la Acurea contra la señora Vigo por la adulteración e inocuidad del producto de sal. Esto en virtud del allanamiento formulado en sus descargos por la proveedora.
- (ii) Revocó la decisión de primer grado en los extremos que le impuso 5 UIT por cada acción ilícita y la sancionó con multas de 1 UIT y 2 UIT.

2.2 ANÁLISIS DEL CASO

a. ¿La Secretaría Técnica se excedió del plazo máximo para admitir a trámite la denuncia colectiva?

La Secretaría Técnica tardó 16 días hábiles hasta notificar y emitir la Resolución n.º 1 (desde el 20 de julio de 2018 hasta el 13 de agosto de 2018).

Por tanto, se ha verificado que la Secretaría Técnica no excedió el plazo *máximo* de 20 días hábiles según el artículo 4.3.3 de la Directiva n.º 006-2017/DIR-COD-INDECOPI.

b. ¿Se discutía realmente una controversia de derecho supraindividual?

La asociación alegó legitimación en defensa de los *intereses colectivos* de los usuarios afectados y amenazados. Sin embargo, según se advierte de los hechos relevantes, la Secretaría Técnica no calificó qué tipo de derecho supraindividual –difuso o colectivo– se pretendía defender. Esta omisión no debe pasar desapercibida en la medida que quizá no se esté defendiendo ningún tipo de derecho supraindividual; sobre todo, importa para elegir la tutela más adecuada y respectivas técnicas procesales.

La asociación yerra en dos oportunidades. Primero, pluraliza el derecho o interés como *intereses*; no son intereses –como una sumatoria de intereses– sino *un* interés o derecho *indivisible* (Gidi, 2004, p. 53). Segundo, al tratarse de la venta *efectiva* de productos de sal envasada de la presunta marca *Marina sal de mar Emsal*, el grupo no está conformado por usuarios –relativo a un servicio– sino por consumidores de dicho producto.

Más allá de aquellos errores, existe vinculación jurídica del grupo de consumidores con la proveedora a través de la compra y venta (contrato) de los productos de sal envasada de la presunta marca *Marina sal de mar Emsal*. Así, el grupo de consumidores contratantes preexiste a la acción ilícita de la proveedora (Corominas, 2015, p. 35).

La acción ilícita consistió en que la proveedora vendía efectivamente sal envasada adulterada. El grupo de consumidores contratantes tienen derecho a la idoneidad y autenticidad de los productos (arts. 18 y 19 del Código del Consumidor). Por tanto, en el caso reseñado, la asociación Acurea actuó en legitimación extraordinaria del derecho *colectivo* del grupo de consumidores contratantes de los productos de sal envasada adulterada.

Por tanto, sí se discutió una controversia de derecho supraindividual, específicamente, del *derecho colectivo*.

Más allá de lo anterior, tal como se ha sostenido en la presente tesis, para responder a la interrogante de este subtítulo, también se debe analizar los pedidos de tutela. Es decir, a través del análisis de los pedidos de tutela preventiva, es posible advertir si, además del *derecho colectivo* de titularidad del grupo de consumidores contratantes, se pretende defender el derecho difuso de titularidad de un conjunto de consumidores indeterminados (expuestos a contratar).

c. ¿Se solicitaba realmente algún tipo de tutela preventiva (inhibitoria o de remoción)?

Si bien en ninguna pieza del expediente se analiza la modalidad de la acción ilícita, debe decirse que las ventas de productos de sal adulterada, califican como acciones ilícitas instantáneas. Consecuentemente, los pedidos de tutela deberían fundamentarse en la tutela inhibitoria ya que esta tiene por objeto impedir la repetición en el presente y futuro de dichas acciones ilícitas instantáneas (Marinoni, 2008, pp. 30 y 31). Sin perjuicio de esto, respecto de las ventas efectivas al grupo de consumidores contratantes, se debería realizar algún pedido de tutela de remoción dirigida a remover los efectos de las acciones ilícitas que ya ocurrieron (Marinoni, 2008, p. 54).

Los siguientes pedidos de la asociación tienen los siguientes objetos:

- (i) Decomiso y destrucción de la mercadería cuyas características difieran de la marca original: Tiene por objeto impedir la repetición de las acciones ilícitas instantáneas, a través del decomiso de los productos de sal adulterados –cese de las ventas– y posterior destrucción (tutela inhibitoria).
- (ii) Ordene a la señora Vigo la publicación de avisos rectificatorios sobre los productos cuestionados en medios de comunicación: A diferencia del anterior, este pedido tiene por objeto *remover* los efectos permanentes de las acciones ilícitas (tutela de

remoción). Va más allá de las ventas en tanto alertará al grupo de consumidores contratantes –derecho colectivo– que dejen de consumir el producto de sal adquirido.

Ahora bien, es cierto que la asociación Acurea alegó la legitimación en defensa del derecho colectivo del grupo de consumidores contratantes del producto de sal adulterada. No obstante, el pedido de decomiso de la mercadería –no vendida aún– cuyo objeto es impedir la repetición de las acciones ilícitas en el presente y futuro, no defendería al grupo de consumidores que ya contrataron (derecho colectivo) sino al conjunto de consumidores no contratantes pero expuestos a contratar. En definitiva, el pedido de decomiso defiende al derecho *difuso*.

Por lo expuesto, se ha verificado que la asociación Acurea sí solicitó hasta dos pedidos de tutela preventiva inhibitoria y de remoción, concretizados en las medidas correctivas.

d. ¿La asociación solicitó una medida cautelar o medida anticipatoria?

Según los hechos relevantes, la asociación Acurea solicitó a la Secretaría Técnica el comiso, depósito e inmovilización de productos identificados como adulterados, al amparo del artículo 109 literal b) del Código del Consumidor; esto es, en la forma de medida cautelar. No obstante, el hecho de que los haya solicitado en la forma cautelar, no implica necesariamente que los sea.

En cuanto al fondo, dicha solicitud –interpuesta junto al escrito postulatorio– no tiene por objeto asegurar la eficacia de la ejecución de la decisión final (no cautelar). En realidad, la solicitud de comiso, depósito e inmovilización de productos adulterados tiene por objeto *cesar* las acciones ilícitas consistentes en las ventas (anticipación de lo pretendido en el procedimiento principal). Esto implica la vigencia del derecho material a la idoneidad y autenticidad de los productos (arts. 18 y 19 del Código del Consumidor), en tiempo presente, del derecho supraindividual. Si bien es temporal, cumpliría la función preventiva.

Por tanto, la asociación Acurea no solicitó una medida cautelar sino una medida anticipatoria de tutela.

e. ¿La solicitud de anticipación de tutela se solicitó antes o después del derecho de defensa en el procedimiento principal?

La asociación legitimada presentó su solicitud de anticipación de tutela el día 20 de julio de 2018, junto al escrito postulatorio. La proveedora, señora Vigo, presentó sus descargos el día 21 de agosto de 2018 en el procedimiento principal.

Por tanto, la solicitud de anticipación de tutela fue presentada antes de que la señora Vigo ejerza su derecho de defensa en el procedimiento principal.

f. ¿Cuánto tiempo tardó el órgano resolutorio para pronunciarse sobre la solicitud de anticipación de tutela?

La asociación legitimada presentó su solicitud de anticipación de tutela el día 20 de julio de 2018. La Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Ancash sede Chimbote se pronunció sobre dicha solicitud el día 14 de agosto de 2018 (fecha de notificación).

Por tanto, el órgano resolutorio tardó 17 días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud de anticipación de tutela.

g. ¿Es suficiente la motivación expuesta sobre el presupuesto de la verosimilitud para la denegatoria de la solicitud de anticipación de tutela?

La Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Ancash sede Chimbote (en adelante la Comisión), mediante la Resolución n.º 50-2018/INDECOPI-CHT resolvió denegar la solicitud de anticipación de tutela por los siguientes fundamentos:

- (i) Se verificó que Acurea adquirió un saco del producto de sal del establecimiento de la señora Vigo por el importe de S/ 23.00 y, además, adquirió dos envases del producto

de sal de Hipermercados Tottus; sin embargo, la sola presentación de dichos productos no es suficiente para determinar las infracciones (fundamento n.º 11).

- (ii) En ese sentido, en esta etapa del procedimiento, no es posible contar con elementos probatorios suficientes para generar verosimilitud de las infracciones (fundamento n.º 12).

Según se advierte del primer fundamento, la Comisión no realizó ningún juicio de probabilidad de las de las acciones ilícitas; esto es, no se aproximó en mayor o menor grado a la verdad según la alegación concreta (Mitidiero, 2018, p. 209). En primer orden, no calificó si las ventas de productos adulterados constituía acciones ilícitas contra el Código del Consumidor, como cuestión de derecho (Marinoni, 2016, p. 323). En segundo orden, no verificó la *probabilidad* de que las acciones ilícitas instantáneas consistentes en las ventas de productos de sal adulterados hayan ocurrido y su repetición (cuestión concreta).

Sin ningún orden esquemático, la Comisión se limitó a enunciar hipótesis no problemáticas como las dos compras. Así, no era problemático si los productos de sal presuntamente adulterados fueron adquiridos o no en el establecimiento de la señora Vigo, lo cual fue corroborado en la diligencia de inspección realizada antes de la denegatoria de la solicitud de anticipación de tutela. Tampoco era problemático si los otros productos de sal presuntamente originales fueron adquiridos en un supermercado (utilizables como términos de comparación).

Paradójicamente, la Comisión omitió por completo verificar los indicadores relevantes que se refieren a la hipótesis, a pesar de que la Acurea sí los fundamentó. En ninguna parte, la Comisión comparó el tipo de corte de los envases (recto en el adulterado y dentado en el original), serigrafía de las fechas de lote y vencimiento (borrosa en el adulterado y nítida en el original), y su contenido (cuarteado en el adulterado y de textura normal en el original).

De aquí, se infiere la carencia de algún procedimiento de comprobación de la hipótesis y de no refutación (Gascón, 2010, pp. 160-163) en cognición sumaria (Mitidiero, 2018, p. 209).

Finalmente, la Comisión manifestó una insuficiencia de la *cantidad* de elementos probatorios para arribar a la verosimilitud (probabilidad) de la acción ilícita. Tal como se dijo *supra*, el grado de probabilidad de una hipótesis en un juicio sumario –como la anticipación de tutela– no debe ser mayor (o menor) según la cantidad y variedad de pruebas (lo que sí debe ser para el juicio final según Gascón, 2010, pp. 160-163). De aquí, que en opinión del tesista, la Comisión se equivoca al pretender una mayor cantidad, propio de juicios definitivos y no del sumario. Por tanto, correspondía realizar un juicio de probabilidad con lo que obraba en el expediente (cognición sumaria).

Por lo expuesto, no resulta suficiente la motivación de la Comisión sobre el presupuesto de la verosimilitud (probabilidad) para la denegatoria de la solicitud de anticipación de tutela.

h. ¿Cómo se sistematizó el allanamiento con la solicitud de anticipación de tutela?

Luego de la decisión de la Comisión de denegar la solicitud de anticipación de tutela, la propia imputada realizó el acto de allanamiento en el plazo de sus descargos. Así, la proveedora manifestó que había retirado los productos cuestionados (sacos de sal) de forma inmediata y adjuntó fotografías de carteles a través de los cuales informaba a los consumidores sobre dicho retiro. Si se compara estas acciones del allanamiento con la solicitud de anticipación de tutela –comiso, depósito e inmovilización de productos adulterados–, se concluye que persiguen el mismo objeto.

Según el recuento de los hechos relevantes, la Acurea no apeló la decisión de la Comisión que le denegó la solicitud de anticipación de tutela. Si bien se ha constatado la motivación insuficiente de la Comisión, no tenía objeto una posible apelación en tanto la proveedora se

allanó y satisfizo la pretensión de la Acurea en defensa del derecho supraindividual. De este modo, se puede advertir que el acto procesal del allanamiento resultó más efectiva que la deficiente decisión del órgano resolutorio.

Por lo expuesto, el acto procesal del allanamiento realizado por la proveedora logró satisfacer lo que la Acurea pretendía a través de la anticipación de tutela.

i. ¿Se ha verificado que el órgano resolutorio de primer grado inaplicó las técnicas de anticipación de tutela y medidas coercitivas?

La Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Ancash sede Chimbote –órgano resolutorio de primer grado– evaluó únicamente el presupuesto de la verosimilitud (juicio de probabilidad). Sin embargo, se ha verificado una motivación insuficiente en la evaluación de dicho presupuesto; en el cual, no se da cuenta del procedimiento de comprobación de la hipótesis y de no refutación en grado sumario. Así, no se habría podido impedir la repetición de la venta de sal adulterada durante la sustanciación del procedimiento, de no ser que la misma proveedora se allanó.

Por lo expuesto, se verifica que el órgano resolutorio de primer grado inaplicó las técnicas procesales de anticipación de tutela y las medidas coercitivas.

3. VINOS CON REGISTRO SANITARIO VENCIDO EN EL SUPERMERCADO MÁS CERCANO: ACUREA VS. PLAZA VEA Y ROMOVI (EXPEDIENTE N.º 991-2019/CC2)

3.1 HECHOS RELEVANTES

El tercer caso –objeto de análisis de la presente tesis– data del 22 de julio de 2019. En esta fecha, la asociación Acurea denunció a Supermercados Peruanos Sociedad Anónima (en adelante, Supermercados Peruanos) y Romovi S.A.C. (en adelante, Romovi) ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 (en adelante, la

Secretaría Técnica) por presuntas infracciones a las normas contenidas en el Código del Consumidor. Acurea alegó legitimidad en defensa de los intereses colectivos de los usuarios *afectados* y amenazados.

La Acurea manifestó que Romovi –importador– y Supermercados Peruanos –comerciante– expendían vinos tintos denominados *Reto Malbec* y *Reto Cabernet Sauvignon* ambos de 750 ml con registro sanitario vencido. Así también, manifestó que Romovi omitió consignar la frase “Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino” en un espacio no menor al 10% del área total de las etiquetas de los vinos conforme a la normativa sectorial.

La Acurea realizó pedidos de tutela –medidas correctivas complementarias– ante la Comisión consistentes en que ordene a

- (i) Romovi que comunique a los distribuidores a nivel nacional sobre el retiro del mercado, la inmovilización y cese de la comercialización de *todos* los lotes de ambos. Además, que adecúe la frase “Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino” en un espacio equivalente al 10% del área total de las etiquetas de los vinos.
- (ii) Supermercados Peruanos que retire del mercado, inmovilice y cese la comercialización de *todos* los lotes de ambos productos.

El día 4 de setiembre de 2019, la Secretaría Técnica notificó a la Acurea la Resolución n.º 1 de fecha 27 de agosto de 2019. Calificó que la denuncia es en defensa de intereses difusos en tanto el número de consumidores afectados no es determinable. Admitió a trámite la denuncia e imputó a Romovi la presunta infracción contra las normas contenidas en los artículos 18 y 19 –deber de idoneidad– del Código por dos acciones. Del mismo modo, imputó a Supermercados Peruanos la presunta infracción a las mismas normas del Código, además del artículo 30 –deber de inocuidad–.

Los días 10 y 12 de setiembre de 2019, la Acurea solicitó el dictado de medida cautelar (*rectius*: medidas anticipatorias) con los siguientes fundamentos:

- (i) Verosimilitud de la acción u omisión ilícita:
 - (a) Romovi: Los registros sanitarios de ambos productos –P3511813E y P3511913E– estaban vencidos desde el 11 de marzo de 2018 según la consulta en el portal de Digesa.
 - (b) Supermercados Peruanos: Emitió comprobantes de pago en el cual se prueba la venta de ambos productos.
- (ii) Peligro en la demora: Los derechos e intereses difusos y colectivos de los consumidores son inviolables y no patrimoniales; por tanto, la tutela efectiva es impedir la afectación o remover sus efectos. La comercialización es una acción permanente; por tanto, durante la duración del procedimiento, se perjudicará a los consumidores.
- (iii) Adecuación de las medidas:
 - (a) Romovi: La autoridad debe decomisar ambos productos de sus almacenes considerando que ha transcurrido más de 90 días calendario desde que vencieron los registros sanitarios, ordenarle que comunique a la población y distribuidores dicha situación y cese inmediato de la distribución.
 - (b) Supermercados Peruanos: La autoridad debe decomisar ambos productos de sus establecimientos comerciales considerando que ha transcurrido más de 90 días calendario desde que vencieron los registros sanitarios, ordenarle que comunique a la población dicha situación y cese inmediato de la comercialización y publicidad.

En respuesta, la Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 (en adelante la Comisión) mediante la Resolución n.º 1885-2019/CC2 de fecha 22 de octubre de 2019, **otorgó** la medida cautelar. Los fundamentos de la Comisión fueron los siguientes:

- (i) Verosimilitud de la infracción denunciada: Se verificó que los registros sanitarios de ambos productos estaban vencidos desde el 11 de marzo de 2018, según la página web de la Dirección General de Salud Ambiental –Digesa– (fundamento n.º 21). En específico,
 - (a) Romovi: En su condición de importador, puso a disposición de los consumidores ambos productos sin haber solicitado su renovación ni haberlos retirado en el plazo estipulado por el artículo 108 del Decreto Supremo 007-98-SA que aprobó el Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas (en adelante el Decreto Supremo 007-98-SA, fundamento n.º 22).
 - (b) Supermercados Peruanos: De las facturas electrónicas aportadas, se observó que los expende en *Plaza Vea* a pesar de que los registros sanitarios están vencidos (fundamento n.º 24).
- (ii) Peligro en la demora: Durante el tiempo que le tome al Colegiado emitir la resolución final sobre el fondo, los consumidores de estos productos podrían verse perjudicados; por lo cual, se acredita el peligro en la demora (fundamento n.º 27).
- (iii) Adecuación de la medida: Según lo dispuesto en el artículo 108 Decreto Supremo 007-98-SA, en el plazo máximo de 15 días hábiles, ordenó que (fundamentos 28 y 29):
 - (a) Romovi comunique a los distribuidores de ambos productos el retiro del mercado, inmovilización y cese de comercialización de *todos* los lotes de ambos productos.

- (b) Supermercados Peruanos cese la comercialización de *todos* los lotes de ambos productos.

La Comisión apercibió a ambos proveedores que acrediten ante sí el cumplimiento de las medidas dictadas en el plazo máximo de cinco (5) días, contados desde el vencimiento del plazo de 15 días hábiles otorgado. Además, informó a la Acurea que en caso conozca el incumplimiento de la medida, podrá comunicarlo para que la Comisión evalúe la imposición de la multa coercitiva mediante el procedimiento previsto en el artículo 117 del Código del Consumidor.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante la Sala), mediante la Resolución n.º 1235-2020/SPC-INDECOPI de fecha 5 de agosto de 2020, confirmó la resolución que otorgó la medida cautelar. Sin perjuicio de esto, precisó los alcances de la medida cautelar.

Los fundamentos expuestos por la Sala son los que siguen:

- (i) Verosimilitud del carácter ilegal del daño: De los medios probatorios, se desprende con cierto grado de probabilidad que los registros sanitarios de los productos se encontraban vencidos desde el 11 de marzo de 2018 y seguían comercializándose con posterioridad a la denuncia; por tanto, se constata la verosimilitud de la infracción al deber de idoneidad (fundamento n.º 32). Respecto de los argumentos de apelación,
 - (a) Romovi: Los registros sanitarios mencionados en la apelación –P3569917E y P3570017E– son distintos a los presentados por Acurea, incluso con denominación distinta; por tanto, se desestimó (fundamentos n.º 37 y 38).
 - (b) Supermercados Peruanos: Si bien señaló que no era responsable del seguimiento de los registros sanitarios, en su posición en la cadena de producción debe verificar el adecuado rotulado de los productos adquiridos; así, las acciones que

debe tomar frente a productos con registro sanitario vencido son independientes del titular del registro (fundamentos n.º 44 y 45).

(ii) Peligro en la demora:

(a) Romovi y Supermercados Peruanos permanecen en el mercado; por lo cual, se evidencia la existencia del peligro en la demora pues podría ocasionarse un daño irreparable a los consumidores en tanto se perjudicarían con la adquisición y consumo de productos cuyo vencimiento del registro sanitario no pudieron verificar oportunamente (fundamento n.º 51).

(b) Resultaría difícil ejecutar algún tipo de reparación en todos los casos –mediante la devolución del dinero por lo vinos– dadas las dificultades probatorias para identificar a los perjudicados, que podrían haber desechado los envases y comprobantes de pago (fundamento n.º 51).

(c) Si bien Supermercados Peruanos manifestó que las bebidas alcohólicas no podían causar daño a la salud, se debe recordar que no se analiza el deber de inocuidad sino de idoneidad (fundamentos n.º 53 y 54).

(iii) Adecuación de la medida: El mandato de la Comisión no resulta ajustado al caso en tanto consideró que afectaría a *todos* los lotes de los productos, cuando únicamente se denunció a dos (2) registros sanitarios; por tanto, se modifica la medida (fundamentos n.º 59 y 60).

3.2 ANÁLISIS DEL CASO

a. ¿La Secretaría Técnica se excedió del plazo máximo para admitir a trámite la denuncia colectiva?

La Secretaría Técnica tardó 25 días hábiles para emitir la Resolución n.º 1 (desde el 22 de julio de 2019 hasta el 27 de agosto de 2019). Tardó 6 días hábiles adicionales para notificar a la asociación (4 de setiembre de 2019).

Por tanto, se ha verificado que la Secretaría Técnica sí se excedió del plazo *máximo* de 20 días hábiles según el artículo 4.3.3 de la Directiva n.º 006-2017/DIR-COD-INDECOPI.

b. ¿Se discutía realmente una controversia de derecho supraindividual?

La asociación Acurea alegó legitimación en defensa de los *intereses colectivos* de los usuarios afectados y amenazados. Por su parte, la Secretaría Técnica calificó que la denuncia es en defensa de *intereses difusos* en tanto el número de consumidores afectados no es determinable. Si bien el derecho colectivo y derecho difuso son tipos de derechos supraindividuales (por la indivisibilidad), se debe dilucidar este punto para la elección de la tutela más adecuada a través de las técnicas procesales.

Antes, se debe evidenciar dos errores incurridos por la asociación y Secretaría Técnica. El primero, es incorrecto pluralizar el interés; esto es, no son intereses –como una sumatoria de intereses– sino *un* interés o derecho *indivisible* (Gidi, 2004, p. 53). El segundo, al tratarse de la venta *efectiva* de productos de vinos denominados *Reto Malbec* y *Reto Cabernet Sauvignon*, el grupo no está conformado por *usuarios* –relativo a servicios– sino por *consumidores* de dichos productos.

Luego, es preciso converger que existe vinculación jurídica del grupo de consumidores con Supermercados Peruanos y Romovi a través de la compra y venta (contrato) de los productos de vinos. Así, más allá de los errores formales de la asociación, esta atina en que la defensa

es del *derecho colectivo* del grupo de consumidores. En cambio, la Secretaría Técnica se equivoca pues asumió que se trataba del derecho difuso en función, únicamente, a la característica derivada (determinación de los miembros) y omitió evaluar la característica principal (qué tipo de vinculación existía entre los miembros y la contraparte).

Las acciones ilícitas consistieron en que ambos proveedores vendieron efectivamente dos presentaciones de vinos con registro sanitario vencido y omisión de consignar la frase “Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino” en un espacio no menor al 10% del área total de las etiquetas. El grupo de consumidores contratantes tienen derecho a la idoneidad de los productos y correcto etiquetado (arts. 18, 19 y 10 del Código del Consumidor). Por tanto, en el presente caso, la Acurea actuó en legitimación extraordinaria del derecho *colectivo* del grupo de consumidores contratantes de productos de vinos.

Por lo expuesto, sí se discutió una controversia de derecho supraindividual, específicamente, del *derecho colectivo*.

Más allá de lo anterior, tal como se ha sostenido en la presente tesis, para responder a la interrogante de este subtítulo, también se debe analizar los pedidos de tutela realizados por la asociación. Es decir, a través del análisis de los pedidos de tutela preventiva, es posible advertir si, además del *derecho colectivo* de titularidad del grupo de consumidores contratantes, se pretende defender el derecho difuso de titularidad de un conjunto de consumidores indeterminados (expuestos a contratar).

c. ¿Se solicitaba realmente algún tipo de tutela preventiva (inhibitoria o de remoción)?

Si bien en ninguna pieza del expediente se analiza la modalidad de la acción ilícita, debe decirse que las ventas de productos de vinos, califican como acciones ilícitas instantáneas. Consecuentemente, los pedidos de tutela deberían fundamentarse en la tutela inhibitoria ya

que esta tiene por objeto impedir la repetición en el presente y futuro de dichas acciones ilícitas instantáneas (Marinoni, 2008, pp. 30 y 31). Sin perjuicio de esto, respecto de las ventas efectivas al grupo de consumidores contratantes, se debería realizar algún pedido de tutela de remoción dirigida a remover los efectos de las acciones ilícitas que ya ocurrieron (Marinoni, 2008, p. 54).

Los siguientes pedidos de la Acurea –medidas correctivas complementarias– tienen los siguientes objetos:

- (i) Que Romovi comunique a los distribuidores a nivel nacional sobre el retiro del mercado, la inmovilización y cese de la comercialización de todos los lotes de ambos: Tiene por objeto impedir la repetición de las acciones ilícitas instantáneas, a través del retiro de los productos con registro sanitario vencido y cese de las ventas a los distribuidores (tutela inhibitoria).
- (ii) Que Romovi adecúe la frase “Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino” en un espacio equivalente al 10% del área total de las etiquetas de los vinos: Tiene por objeto impedir la repetición de las acciones ilícitas instantáneas, a través de la adecuación de dicha frase en los envases aún no expedidos (tutela inhibitoria).
- (iii) Que Supermercados Peruanos retire del mercado, inmovilice y cese la comercialización de todos los lotes de ambos productos: Tiene por objeto impedir la repetición de las acciones ilícitas instantáneas, a través del retiro de los productos con registro sanitario vencido, inmovilización y cese de las ventas al grupo de consumidores (tutela inhibitoria).

Si bien la Acurea solicitó, a través de las tres medidas correctivas, tutela preventiva inhibitoria; no obstante, ninguna de ellas tiene algún efecto en el derecho colectivo del grupo de consumidores contratantes. Las tres tienen el objeto de impedir la repetición de las

acciones ilícitas en el presente y futuro respecto del conjunto de consumidores expuestos a contratar (derecho difuso), pero nada sobre el grupo de consumidores que ya adquirió los dos productos (derecho colectivo). Ante la omisión de una medida adecuada y específica, la Comisión debe activar su facultad de dictarla de oficio (art. 114 del Código del Consumidor) que sería la orden de publicar avisos rectificatorios en medios masivos.

Por lo expuesto, se ha verificado que la asociación Acurea sí solicitó hasta tres pedidos de tutela preventiva inhibitoria concretizados en las medidas correctivas, pero omitió solicitar alguna tutela preventiva de remoción.

d. ¿La asociación solicitó una medida cautelar o medida anticipatoria?

Según el recuento de los hechos relevantes, la asociación Acurea solicitó a la Secretaría Técnica, en la forma de medida cautelar al amparo del artículo 109 literal b) del Código del Consumidor, lo siguiente:

- (i) Romovi: La autoridad debe decomisar ambos productos de sus almacenes considerando que ha transcurrido más de 90 días calendario desde que vencieron los registros sanitarios, ordenarle que comunique a la población y distribuidores dicha situación y cese inmediato de la distribución.
- (ii) Supermercados Peruanos: La autoridad debe decomisar ambos productos de sus establecimientos comerciales considerando que ha transcurrido más de 90 días calendario desde que vencieron los registros sanitarios, ordenarle que comunique a la población dicha situación y cese inmediato de la comercialización y publicidad.

Independientemente de la forma en que fueron solicitados (medidas cautelares), corresponde verificar si realmente lo son. Al respecto, las solicitudes de orden de decomiso, comunicación a la población y cese de distribución y comercialización no tienen por objeto asegurar la eficacia de la ejecución de la decisión final (no es cautelar). En realidad, dichas

solicitudes tiene por objeto *cesar* acciones ilícitas consistentes en las ventas (anticipación de lo pretendido en el procedimiento principal). Esto implica la vigencia del derecho material a la idoneidad e información del rotulado de los productos (arts. 18, 19 y 10 del Código del Consumidor), en tiempo presente, con función preventiva.

Por tanto, la asociación Acurea no solicitó medidas cautelares sino medidas anticipatorias de tutela.

e. ¿La solicitud de anticipación de tutela se solicitó antes o después del contradictorio en el procedimiento principal?

La asociación legitimada presentó su solicitud de anticipación de tutela los días 10 y 12 de setiembre de 2019. Los proveedores, Romovi y Supermercados Peruanos, presentaron sus descargos los días de octubre de 2019 respectivamente, en el procedimiento principal.

Por tanto, la solicitud de anticipación de tutela fue presentada antes de que Supermercados Peruanos y Romovi ejercieran su derecho de defensa en el procedimiento principal.

f. ¿Cuánto tiempo tardó el órgano resolutorio para pronunciarse sobre la solicitud de anticipación de tutela?

La asociación legitimada presentó su solicitud de anticipación de tutela los días 10 y 12 de setiembre de 2019. La Comisión se pronunció sobre dicha solicitud el día 22 de octubre de 2019.

Por tanto, el órgano resolutorio tardó 26 días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud de anticipación de tutela.

g. ¿Los órganos resolutivos evaluaron correctamente el presupuesto de la verosimilitud para el otorgamiento de la solicitud de anticipación de tutela?

En primer grado, la Comisión, sobre el presupuesto que denomina como la *verosimilitud de la infracción denunciada*, verificó que los registros sanitarios de ambos productos estaban vencidos desde el 11 de marzo de 2018, según la página web de la Dirección General de Salud Ambiental –Digesa– (fundamento n.º 21). En específico,

- (i) Romovi: En su condición de importador, puso a disposición de los consumidores ambos productos sin haber solicitado su renovación ni haberlos retirado en el plazo estipulado por el artículo 108 del Decreto Supremo 007-98-SA (fundamento n.º 22).
- (ii) Supermercados Peruanos: De las facturas electrónicas aportadas, se observó que los expende en *Plaza Vea* a pesar de que los registros sanitarios están vencidos (fundamento n.º 24).

Bajo la denominación de *verosimilitud de la infracción denunciada*, la Comisión no incurre en el error contenido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 807; esto es, no relaciona la verosimilitud con el daño. En la presente tesis se prefiere la categoría de la probabilidad –verdad como correspondencia con la realidad concreta– y no de verosimilitud –verdad como aquello que normalmente acontece de forma general– (Mitidiero, 2018, pp. 207-209). No obstante, la Comisión a pesar de denominar el presupuesto como verosimilitud, parece realizar su juicio en adhesión a la categoría de probabilidad como se verá.

En primer orden, de los fundamentos expuestos, la Comisión no calificó si las ventas de productos de vinos con registros sanitarios vencidos constituían acciones ilícitas contra el Código del Consumidor, como cuestión de derecho (Marinoni, 2016, p. 323). No obstante, en segundo orden, la Comisión sí evaluó los materiales probatorios disponibles y emitió su conclusión respecto de la probabilidad (o verosimilitud), que se analizará en adelante.

Para el cumplimiento del presupuesto de la probabilidad de las acciones ilícitas instantáneas (como las ventas de vinos), solo se requiere –valga la redundancia– la probabilidad de que dichas acciones hayan ocurrido (Marinoni, 2017, p. 45) y el temor de que se repitan. La probabilidad de las –hipotéticas– acciones ilícitas “se apoya en su conexión lógica con las pruebas a través de reglas (causales) generales, y mide el grado de apoyo (inductivo) que las pruebas proporcionan a la hipótesis” (Gascón, 2010, p. 155).

Como premisas, (a) la hipótesis debe ser adecuadamente formulada y (b) los elementos probatorios deben ser individualizados analíticamente (Mitidiero, 2018, p. 214). Luego, para medir el grado de probabilidad de la hipótesis, se le somete al procedimiento de comprobación a través de la (a) confirmación y (b) no refutación (Gascón, 2010, pp. 160-163), con reglas adecuadas para juicio de cognición sumaria de la anticipación de tutela.

Concretamente, la Comisión sí formuló la hipótesis de las ventas de vinos con registro sanitario vencido. Enseguida, individualizó los materiales probatorios –etiquetas adheridas a los envases de vinos, página web de Digesa y facturas electrónicas–, otorgándoles credibilidad y significado. Luego, la Comisión confirmó su hipótesis por las constataciones directas de las pruebas documentales reseñadas (procedimiento de confirmación) y concluyó que Romovi y Supermercados Peruanos vendieron a los consumidores vinos con registros sanitarios vencidos. No obstante, no realizó el procedimiento de no refutación.

No se advierte, por otro lado, que la Comisión haya realizado el juicio de *probabilidad* de la *repetición*, en el presente y futuro, de las acciones ilícitas. Si no existe dicho juicio, entonces cuál sería el objeto de la anticipación de tutela. Se ha de recordar que el anticipación de la tutela procede ante el temor de que se repitan las acciones ilícitas; de no ser así, solo habría que esperar la decisión final (y no anticipatoria) respecto de acciones ilícitas que si bien ocurrieron, no se teme su reiteración.

En segundo grado, la Sala, sobre el presupuesto que denomina *verosimilitud del carácter ilegal del daño*, fundamentó que, de los medios probatorios, se desprende con cierto grado de probabilidad que los registros sanitarios de los productos se encontraban vencidos desde el 11 de marzo de 2018 y seguían comercializándose con posterioridad a la denuncia; por tanto, se constata la verosimilitud de la infracción al deber de idoneidad (fundamento n.º 32). Respecto de los argumentos de apelación,

- (i) Romovi: Los registros sanitarios mencionados en la apelación –P3569917E y P3570017E– son distintos a los presentados por Acurea, incluso con denominación distinta; por tanto, se desestimó (fundamentos n.º 37 y 38), y
- (ii) Supermercados Peruanos: Si bien señaló que no era responsable del seguimiento de los registros sanitarios, en su posición en la cadena de producción debe verificar el adecuado rotulado de los productos adquiridos; así, las acciones que debe tomar frente a productos con registro sanitario vencido son independientes del titular del registro (fundamentos n.º 44 y 45).

Al respecto, bajo la denominación de *verosimilitud del carácter ilegal del daño*, la Sala sí incurre en el error contenido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 807; esto es, concatena la verosimilitud con la ilegalidad y el daño. No obstante, como se dijo en el marco teórico, a través del análisis de este caso concreto, se podrá determinar si tal denominación influye en la fundamentación y decisión de la Sala.

En primer orden, de los fundamentos expuestos, la Sala no calificó si las ventas de productos de vinos con registros sanitarios vencidos constituían acciones ilícitas contra el Código del Consumidor, como cuestión de derecho (Marinoni, 2016, p. 323). No obstante, en segundo orden, la Sala sí evaluó los materiales probatorios disponibles, incluido los introducidos con

el recurso de apelación, y emitió su conclusión respecto de la probabilidad (o verosimilitud), que se analizará en adelante.

La Sala sí formuló la hipótesis de las ventas de vinos con registro sanitario vencido. Individualizó los materiales probatorios disponibles; no obstante, respecto de los nuevos registros sanitarios, la Sala los desestimó por no referirse a la hipótesis sino a otros hechos. Luego, la Sala confirmó su hipótesis por las constataciones directas de las pruebas documentales reseñadas (procedimiento de confirmación) y concluyó, con grado de probabilidad, que Romovi y Supermercados Peruanos vendieron a los consumidores vinos con registros sanitarios vencidos desde el 11 de marzo de 2018. No obstante, no realizó el procedimiento de no refutación.

Finalmente, a diferencia del órgano resolutorio de primer grado, la Sala sí realizó el juicio de *probabilidad* de la *repetición*, en el presente y futuro, de las acciones ilícitas. Fundamentó que los vinos con registros sanitarios vencidos seguían comercializándose con posterioridad a la denuncia. Por tanto, esta consideración fue determinante para el cumplimiento del presupuesto y el otorgamiento de la anticipación de tutela.

Por lo expuesto, a pesar de las imprecisiones y omisiones anotadas, los órganos resolutorios evaluaron aceptablemente el presupuesto de la verosimilitud para el otorgamiento de la solicitud de anticipación de tutela.

h. ¿Los órganos resolutorios evaluaron correctamente el presupuesto del peligro en la demora para el otorgamiento de la solicitud de anticipación de tutela?

En primer grado, la Comisión, sobre el presupuesto denominado como peligro en la demora, fundamentó que, durante el tiempo que le tome al Colegiado emitir la resolución final sobre

el fondo, los consumidores de estos productos podrían verse perjudicados; por lo cual, se acredita el peligro en la demora (fundamento n.º 27).

En la presente tesis, se asume la distinción entre las dos especies de *periculum in mora* evidenciada por Calamandrei: (i) peligro de infructuosidad y (ii) peligro de tardanza (Proto, 2018, pp. 645 y 646). El primero hace referencia al peligro que durante el desarrollo del proceso sobrevengan hechos que tornen imposible o difícil la actuación de la sentencia, p. ej. el peligro de disposición material y jurídica. El segundo hace referencia al peligro de prolongación en el tiempo del estado de insatisfacción del derecho por la duración del proceso, p. ej. la insatisfacción de derechos materiales.

Específicamente, para esta tesis, importa el peligro de la *tardanza*. Aquí, se relacionan los factores del (a) estado de insatisfacción del derecho supraindividual⁷⁴ y (b) lapso contable desde la interposición del acto postulatorio hasta la ejecución de la decisión final (duración del proceso). Ambos factores se ubican en un mismo plano temporal, del cual deriva la *prolongación* del estado de insatisfacción. Por tanto, para la fundabilidad de este presupuesto, se debe evaluar el prolongamiento del estado de insatisfacción durante el curso del procedimiento (daño marginal).

En el caso concreto, la Comisión asumió la especie del peligro en la tardanza en el presupuesto del peligro en la demora, al cual se le debe hacer alguna precisión. Así, en un primer momento, evidenció el factor de la duración del procedimiento para el sentido favorable de la decisión, lo cual es aceptable. En un segundo momento, estableció que, durante el procedimiento, podría ocurrir el perjuicio de los consumidores, a lo cual —en la

⁷⁴ Así también entiende el profesor Berizonce (2008) cuando dice que el peligro de la mora consiste “en la prolongación del estado de insatisfacción del derecho reclamado en el juicio, con el peligro inminente de que llegará tarde la providencia de mérito y será ya irreparable el daño causado a la parte” (p. 313).

presente tesis— se ha denominado como el factor del estado de insatisfacción del derecho colectivo a través de la repetición de acciones ilícitas.

En segundo grado, la Sala, sobre el presupuesto denominado peligro en la demora, fundamentó lo siguiente:

- (i) Romovi y Supermercados Peruanos permanecen en el mercado; por lo cual, se evidencia la existencia del peligro en la demora pues podría ocasionarse un daño irreparable a los consumidores en tanto se perjudicarían con la adquisición y consumo de productos cuyo vencimiento del registro sanitario no pudieron verificar oportunamente (fundamento n.º 51).
- (ii) Resultaría difícil ejecutar algún tipo de reparación en todos los casos —mediante la devolución del dinero por lo vinos— dadas las dificultades probatorias para identificar a los perjudicados, que podrían haber desechado los envases y comprobantes de pago (fundamento n.º 51).

De entrada, se verifica que la Sala evalúa el presupuesto del peligro en la demora con la conjunción de dos factores: (a) posibilidad de que se cauce algún daño y (b) que dicho daño se torne en *irreparable*. Estos factores no solo son distintos a los asumidos en la presente tesis sino que la contradicen. Ya se había dicho que los derechos supraindividuales —difuso y colectivo— son inviolables *per se* en tanto derechos humanos y fundamentales. Por tanto, el peligro en la demora no debe tener como eje al daño sino al estado de satisfacción de los derechos supraindividuales (alteridad).

Respecto del factor de la posibilidad de que se cauce algún daño, según la Sala, consistiría en que los consumidores adquieran los vinos con registro sanitario vencido en tanto Romovi y Supermercados Peruanos continuarán con las ventas. Al respecto, la Sala se equivoca de lugar porque dicha posibilidad se debió evaluar en el presupuesto de la verosimilitud

(probabilidad) de que se *repitan* las acciones ilícitas en el presente y futuro, sin necesidad de aludir al daño. Hecho esto, en el presupuesto del peligro en la demora, debió evaluar si durante la sustanciación del procedimiento se prolongaría el estado de insatisfacción del derecho supraindividual a través de la repetición de las acciones ilícitas.

Respecto del factor de que dicho daño se torne en irreparable, según la Sala, resultaría difícil ejecutar algún tipo de reparación –como la devolución del dinero por los vinos– por las dificultades para identificar a los perjudicados, que podrían haber desechado los envases y comprobantes de pago. Al respecto, el factor de la irreparabilidad del daño eleva, innecesariamente, la dificultad del cumplimiento del presupuesto del peligro en la demora. Así, a criterio de la Sala, se podría constatar el *daño*, pero si existiera un mecanismo reparatorio –como la devolución del dinero–, entonces no vale la pena el dictado de las medidas de anticipación de tutela.

Por lo demás, la identificación de los perjudicados con fines de una plausible reparación guarda afinidad con la tutela de *derechos individuales homogéneos* y no de derechos supraindividuales. En los derechos individuales homogéneos, los titulares son los miembros del grupo y no el grupo; de aquí, se explica que los derechos son divisibles. Su nota definitoria es la existencia de la afectación del grupo; por lo cual, es una clase *necesariamente afectada* (Corominas, 2015, p. 73). Por tanto, no cabe una tutela preventiva sino exclusivamente la tutela como respuesta a la producción del daño (Corominas, 2015, p. 74).

Queda en evidencia la lógica resarcitoria asumida por la Sala, propia de un Estado protector del mercado y no de ciudadanos (Marinoni, 2017, p. 22). Si bien es cierto que la Sala, en el caso concreto, declaró el cumplimiento del presupuesto del peligro en demora; no se discrepa de su conclusión sino de sus fundamentos equívocos. Así, la Sala, con estos mismos

fundamentos (en los cuales incluye los factores del daño y su irreparabilidad), en otro caso merecedor de tutela, podría denegar las medidas anticipatorias de tutela.

Por lo expuesto, la Comisión evaluó aceptablemente el presupuesto del peligro en la demora; en cambio, la Sala introdujo fundamentos equívocos a pesar de que declaró el cumplimiento del presupuesto del peligro en la demora.

i. ¿Los órganos resolutivos evaluaron correctamente el presupuesto de la adecuación de la medida para el otorgamiento de la solicitud de anticipación de tutela?

En primer grado, la Comisión, sobre el presupuesto de la adecuación de la medida, y según lo dispuesto en el artículo 108 Decreto Supremo 007-98-SA, ordenó que en el plazo máximo de 15 días hábiles (fundamentos 28 y 29):

- (i) Romovi comunique a los distribuidores de ambos productos el retiro del mercado, inmovilización y cese de comercialización de todos los lotes de ambos productos.
- (ii) Supermercados Peruanos cese la comercialización de todos los lotes de ambos productos.

Al respecto, del recuento de los hechos relevantes, se verifica que fue la asociación Acurea la que, en un primer momento, solicitó el decomiso y cese de la distribución y comercialización de *todos* los lotes de ambos productos. La Comisión, en un segundo momento, asimiló el pedido de que sean *todos* los lotes. Así, omitió evaluar que lo pedido excede los hechos controvertidos en tanto se denunció, únicamente, por los registros sanitarios P3511813E y P3511913E. El mismo producto –denominación o marca– podía contar con otros registros sanitarios, que podrían estar vigentes.

Desde otro ángulo, no pasa desapercibido que la Acurea solicitó que sea la propia Comisión quien practique el decomiso conforme al artículo 109 literal b) del Código del Consumidor.

No obstante, la Comisión se decantó porque sean los proveedores quienes deban de actuar. Además, la Acurea solicitó que ambos proveedores comuniquen a la población sobre los productos con registro sanitario vencido, pero la Comisión no dijo nada al respecto. En todo caso, la Acurea podía haber apelado estos extremos modificados que no fueron motivados mínimamente, pero no lo hizo.

Únicamente, apeló Supermercados Peruanos. Así, en segundo grado, la Sala, sobre el presupuesto de la adecuación de la medida, manifestó que el mandato de la Comisión no resulta ajustado al caso en tanto consideró que afectaría a todos los lotes de los productos, cuando únicamente se denunció por dos (2) registros sanitarios; por tanto, modificó la medida (fundamentos n.º 59 y 60).

A diferencia de la Comisión, la Sala efectuó la adecuación de las medidas de anticipación de tutela, de conformidad con la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 109 del Código del Consumidor. Consecuentemente, la medida anticipatoria se delimitó a los registros sanitarios vencidos, esto es, a los registros P3511813E y P3511913E. Solo así cobra vigencia la proporcionalidad de la medida para alcanzar el resultado deseado (cesación de distribución y comercialización de productos con registros sanitarios vencidos).

Por lo expuesto, la Comisión no evaluó correctamente el presupuesto de la adecuación de la medida; en cambio, la Sala, en grado de apelación, sí adecuó la medida para el otorgamiento de la anticipación de tutela.

j. ¿El órgano resolutorio de primer grado evaluó correctamente la técnica de medidas coercitivas para evitar el incumplimiento?

Según el recuento de los hechos relevantes, la Comisión sí impuso el apercibimiento de las medidas coercitivas a ambos proveedores conforme con la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI. No se advierte, por otra parte, que la Comisión haya especificado la cuantía de

la multa coercitiva a imponer en caso de incumplimiento y de persistencia. Si bien informó a la Acurea que podría comunicar el incumplimiento, no indicó que ella actuará de oficio conforme con el artículo 4.8, tercer párrafo, de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI. Más allá de todo, resulta aceptable.

Por lo expuesto, la Comisión evaluó aceptablemente la técnica procesal de medidas coercitivas (multas sucesivas).

k. ¿Se ha verificado que los órganos resolutivos de primer y segundo grado inaplicaron las técnicas de anticipación de tutela y medidas coercitivas?

Ambos órganos resolutivos –Comisión y Sala– coincidieron en la conclusión –decisión– del otorgamiento de la tutela anticipatoria solicitada. No obstante, preocupa la disidencia en los fundamentos, esto es, evalúan de forma distinta los tres presupuestos para el otorgamiento de las medidas anticipatorias de tutela. Además, la Comisión impuso el apercibimiento de las medidas coercitivas (multas sucesivas) a ambos proveedores en caso de incumplimiento.

Por lo expuesto, los órganos resolutivos sí aplicaron las técnicas procesales de anticipación de tutela y medidas coercitivas.

4. LA PLATAFORMA DE INTERNET NO SE HACE RESPONSABLE SI TU COMPRA NO LLEGÓ: ACUREA VS. MERCADO LIBRE (EXPEDIENTE N.º 1302-2019/CC2)

4.1 HECHOS RELEVANTES

El cuarto caso para analizar data del 7 de octubre de 2019. En esta fecha, la asociación Acurea denunció a Mercadolibre Perú S.R.L. (en adelante, Mercado Libre) ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 (en adelante, la Secretaría Técnica) por presuntas infracciones a las normas contenidas en el Código del Consumidor. Alegó legitimación en defensa del interés colectivo de los usuarios.

La Acurea manifestó que Mercado Libre provee el servicio de plataforma digital de intermediación –o plataforma de economía colaborativa– cuya denominación, por antonomasia, era *Mercado Libre* en la cual las personas pueden vender (usuario-vendedor) y comprar (usuario-comprador) productos por internet. Además, la Acurea verificó que Mercado Libre también ofrece los servicios de *Mercado Pago* y *Compra Protegida*. En los tres servicios, Mercado Libre consignaba cláusulas –términos y condiciones– a los cuales se podía acceder clicando en tres enlaces (*links*) disponibles en su plataforma unificada.

En detalle, la Acurea postuló que Mercado Libre consignó veinte (20) cláusulas abusivas:

- (i) *Mercado Libre*: ocho (8) términos y condiciones de uso del sitio, referentes a que Mercado Libre se exime de responsabilidad sobre los productos ofertados en su plataforma, daños y perjuicios, fallas en el sistema, virus, etcétera.
- (ii) *Mercado Pago*: ocho (8) términos y condiciones, referentes a que Mercado Libre se exime de responsabilidad por la veracidad de los datos personales de los usuarios (vendedores y compradores), mandato irrevocable, no procesamiento de pagos sin justificación, modificación de términos en cualquier momento, no cesión de derechos.
- (iii) *Compra Protegida*: cuatro (4) términos y condiciones, atinentes a que Mercado Libre condiciona el acceso al programa a la renuncia a una acción legal o administrativa, modificación de términos en cualquier momento, suspensión de cobertura, etcétera.

La asociación dividió sus pedidos de tutela –medidas correctivas– en tres secciones:

- (i) En legitimación del interés colectivo de los usuarios contratantes, solicitó a la Comisión que (a) declare inexigibles las cláusulas abusivas, ordene a Mercado Libre que (b) retire las cláusulas abusivas y (c) cese de ofrecer sus tres servicios mientras no entregue la nueva propuesta.

- (ii) En legitimación del interés colectivo de los usuarios contratantes *afectados*, solicitó a la Comisión que ordene a Mercado Libre que pague los gastos incurridos por los usuarios.
- (iii) En legitimación del interés difuso de los usuarios *expuestos* a contratar, solicitó a la Comisión que ordene a Mercado Libre que publique avisos rectificatorios o informativos sobre las cláusulas abusivas.

Luego de un mes de la presentación de la denuncia, el órgano instructor, la Secretaría Técnica la admitió a trámite mediante Resolución n.º 1 de fecha 8 de noviembre de 2019 – notificada a la Acurea el día 20 de noviembre de 2019–. La Secretaría Técnica calificó que las consignaciones de las veinte (20) cláusulas constituían presuntas infracciones a las normas contenidas en los artículos 49 –definición de cláusulas abusivas– y 50 –cláusulas de ineficacia absoluta– del Código del Consumidor. Así también, indicó que la denuncia se realizaba en defensa de *intereses colectivos* en tanto el número de consumidores afectados era determinable (fundamentos n.º 3-8).

El 3 de enero de 2020, Mercado Libre presentó sus descargos. Explicó, previamente, el funcionamiento de los tres servicios los cuales –dijo– se integran en un ecosistema con el objeto de comercial electrónicamente (*Marketplace*). Luego, en su defensa de fondo, reiteró el contenido de sus cláusulas que, fundamentalmente, consiste en la exención de responsabilidad, a pesar de esto alegó que proporciona el programa de *Compra Protegida*.

Posteriormente, el 10 de febrero de 2020, la Acurea solicitó a la Secretaría Técnica el dictado de medidas cautelares de cese (*rectius*: medidas anticipatorias):

- (i) Verosimilitud del derecho subjetivo y del acto ilícito: Los consumidores tienen derecho a la protección contra cláusulas abusivas (art. 1.1 literal c del Código del

Consumidor). Los elementos probatorios son las capturas de pantalla y acta de verificación del sitio web, donde constan los actos ilícitos.

(ii) Peligro en la demora:

(a) Peligro en la tardanza –generado por la mera duración del proceso que causa un estado de insatisfacción del derecho–: El grupo de usuarios expuestos a contratar ya se encuentra en situación de insatisfacción de su derecho.

(b) Peligro de infructuosidad –la eventualidad de que ocurra un hecho que imposibilite o haga difícil la efectividad de la resolución–: Amenaza real e inminente de que Mercado Libre aplique las cláusulas a los usuarios contratantes.

(iii) Adecuación de la medida:

(a) En beneficio del grupo de consumidores expuestos, titular del interés difuso: Retirar las cláusulas denunciadas de los términos y condiciones de la plataforma.

(b) En beneficio del grupo de consumidores contratantes, titular del interés difuso: Abstenerse de aplicar las cláusulas a los usuarios contratantes.

La Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 (en adelante, la Comisión), mediante Resolución n.º 538-2020/CC2 de fecha 10 de marzo de 2020 –notificada a la Acurea el 3 de julio de 2020– resolvió denegar las medidas cautelares (*rectius*: medidas anticipatorias). La Comisión inició con el análisis del peligro en la demora. Así, al no haberse acreditado este, prescindió el análisis de los dos presupuestos restantes.

Los fundamentos de la decisión de la Comisión fueron los siguientes:

- (i) Acurea no ha señalado cuáles serían los presuntos daños irreparables que se generarían a los consumidores y harían que el pronunciamiento de la Comisión devenga en ineficaz (fundamento n.º 26).
- (ii) Si los usuarios de las plataformas advierten afectaciones a sus derechos, tienen expedito su derecho de interponer denuncias (fundamento n.º 27).
- (iii) Citó la Resolución n.º 1816-2017/SPC-INDECOPI emitida por la Sala Especializa en Protección al Consumidor (en adelante la Sala) –en la que resuelve un caso individual– que, a efectos de verificar la existencia del peligro en la demora, se evalúa si la falta de otorgamiento de la medida cautelar solicitada generaría un perjuicio que no pueda ser revertido con las medidas correctivas ordenadas en el pronunciamiento final, pues de no ser así, no habría justificación (fundamento n.º 28).

El 24 de julio de 2020, la Acurea apeló la decisión denegatoria. En primer lugar, manifestó que sí precisó el daño irreparable consistente en la aplicación de las cláusulas abusivas a los usuarios afiliados en la página web, y contratantes. En segundo lugar, justamente se ha denunciado la cláusula que impide interponer acciones legales, que el usuario da por válida. En tercer lugar, las medidas correctivas no son las adecuadas para revertir daños futuros, más aún si las cláusulas son limitativas de derechos y concedente de facultades excesivas a Mercado Libre; manifestó que la cita de la resolución de la Sala es impertinente ya que lo resuelto en el procedimiento individual es distinto a lo pretendido en el colectivo.

La Sala, mediante Proveído n.º 1 de fecha 29 de setiembre de 2020, comunicó a la Acurea que recibió el expediente el día 19 de agosto de 2020 (en segundo grado el expediente tenía el ingreso n.º 938-2020/SPC-MC). La Acurea solicitó informe oral y, posteriormente, la resolución del recurso de apelación; no obstante, ninguno de estos pedidos fue proveído. Así, el 20 de enero de 2021, la Acurea interpuso una queja por defectos de tramitación contra

la Sala ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (SDC) en tanto ya había transcurrido cinco (5) meses.

La Sala, mediante la Resolución n.º 192-2021/SPC-INDECOPI de fecha 26 enero de 2021, confirmó la decisión de primer grado que denegó la medida cautelar al no haberse configurado, en principio, el peligro en la demora, por los siguientes fundamentos:

- (i) Lo solicitado por Acurea consiste en una medida cautelar innovativa en tanto busca alterar el estado de cosas (fundamento n.º 36). Conforme con el autor Sartori, la irreparabilidad del perjuicio consiste en que de subsistir la situación, ocasionaría un daño irreparable al pretensor o dificultosa reparación (fundamento n.º 37).
- (ii) Si bien la Acurea señaló el presunto daño inminente que sí podría ocurrir en el caso concreto, no es suficiente para cumplir con el “peligro en la demora” pues se requiere que el presunto daño sea *irreparable* (fundamento n.º 42).
- (iii) Empero, ya en vía de apelación, la Acurea señaló que la imposibilidad de reparar los futuros daños se evidenciaba en la naturaleza de la cláusulas (fundamento n.º 44); más allá de esto, la Acurea no especificó de qué manera el hecho de *aplicar* las cláusulas produciría un perjuicio irreparable (fundamento n.º 45).
- (iv) De la revisión de las cláusulas, se desprende que *no* existiría un perjuicio irreparable en caso fueran aplicadas, dado que (fundamento n.º 50):
 - (a) La aplicación de las cláusulas referidas a la exoneración de responsabilidad de Mercado Libre, no son obstáculos para que los consumidores puedan denunciar, en un procedimiento particular, la responsabilidad y aplicación de las cláusulas.
 - (b) La aplicación de las cláusulas de Mercado Pago y Compra Protegida, no restringen la acción para su declaración de abusivas e inaplicación, ni las responsabilidades correspondientes por causar algún perjuicio.

- (v) La aplicación de muchas de las cláusulas abusivas podrían ser resarcidas patrimonialmente, considerando que los bienes materia de transacción en las plataformas de Mercado Libre tienen carácter económico (fundamento n.º 51).
- (vi) Finalmente, la Sala manifestó que, en casos anteriores⁷⁵, había ratificado la concesión de medidas cautelares en tanto se probó el “peligro en la demora”, tal como la difícil reparación hacia los consumidores universitarios a quienes se les cobraba más del 50% del valor del pasaje adulto, dada las dificultades probatorias para la identificación de los perjudicados y que podían haber desechado los boletos (fundamento n.º 54).

4.2 ANÁLISIS DEL CASO

a. ¿La Secretaría Técnica se excedió del plazo máximo para admitir a trámite la denuncia colectiva?

La Secretaría Técnica tardó 21 días hábiles para emitir la Resolución n.º 1 (desde el 7 de octubre de 2019 hasta el 8 de noviembre de 2019). Tardó 8 días hábiles adicionales para notificar a la asociación (20 de noviembre de 2019).

Por tanto, se ha verificado que la Secretaría Técnica sí se excedió del plazo *máximo* de 20 días hábiles según el artículo 4.3.3 de la Directiva n.º 006-2017/DIR-COD-INDECOPI.

b. ¿Se discutía realmente una controversia de derecho supraindividual?

La asociación Acurea alegó legitimación en defensa del interés colectivo de los usuarios. La Secretaría Técnica calificó que la denuncia es en defensa de *intereses colectivos* en tanto el

⁷⁵ La Sala cita dos procedimientos colectivos iniciados por la International Association of Peruvian Consumer Protection contra dos empresas de transportes; las decisiones de confirmación de la concesión de medidas cautelares están contenidas en las, ya citadas en esta tesis, Resolución n.º 2439-2019/SPC-INDECOPI y Resolución n.º 2561-2019/SPC-INDECOPI.

número de consumidores afectados era determinable. Si bien existe convergencia, la Secretaría Técnica ha calificado a partir de una característica derivada y no principal.

Antes, se deben realizar dos precisiones. El primero, consiste en la incorrección de la Comisión de pluralizar el interés; esto es, no son intereses –como una sumatoria de intereses– sino *un* interés o derecho *indivisible* (Gidi, 2004, p. 53). El segundo, se trata de la consignación de cláusulas –términos y condiciones– que Mercado Libre opone al grupo de contratantes tanto de productos como de servicios; por lo cual, el grupo está conformado por consumidores y usuarios.

Luego, se reconoce que existe vinculación jurídica del grupo de consumidores y usuarios con Mercado Libre a través de la contratación de productos y servicios ofertados en su plataforma digital de intermediación. Así, el grupo de consumidores y usuarios contratantes preexiste a las acciones ilícitas de Mercado Libre (Corominas, 2015, p. 35).

Las acciones ilícitas consistieron en que Mercado Libre consignó veinte (20) cláusulas abusivas en su plataforma digital de intermediación. El grupo de consumidores y usuarios tiene el derecho a la protección contra las cláusulas abusivas (art. 1.1. literal c del Código del Consumidor). Por tanto, en el caso reseñado, la asociación Acurea actuó en legitimación extraordinaria del derecho *colectivo* del grupo de consumidores y usuarios contratantes de productos y servicios ofertados en la plataforma digital de intermediación.

Por tanto, sí se discutió una controversia de derecho supraindividual, específicamente, del *derecho colectivo*.

Más allá de la conclusión arribada, tal como se ha sostenido en la presente tesis, para responder a la interrogante de este subtítulo, también se debe analizar los pedidos de tutela. Es decir, a través del análisis de los pedidos de tutela preventiva, es posible advertir si, además del derecho colectivo de titularidad del grupo de consumidores y usuarios

contratantes, se pretende defender el derecho difuso de titularidad de un conjunto de consumidores y usuarios indeterminados (expuestos a contratar).

c. ¿Se solicitaba realmente algún tipo de tutela preventiva (inhibitoria o de remoción)?

Si bien en ninguna pieza del expediente se analiza la modalidad de la acción ilícita, debe decirse que las consignaciones de cláusulas abusivas en la plataforma digital de intermediación, califican como acciones ilícitas *permanentes*. Consecuentemente, los pedidos de tutela deberían fundamentarse en la tutela inhibitoria ya que esta tiene por objeto *impedir* la permanencia de dichas acciones ilícitas permanentes y su repetición en el tiempo futuro (Marinoni, 2008, pp. 30 y 31).

Antes, se advierte que la asociación legitimada dividió sus pedidos en tres secciones, a saber, en legitimación del (a) interés colectivo de los usuarios contratantes, (b) interés colectivo de los usuarios contratantes *afectados* e (c) interés difuso de los usuarios *expuestos* a contratar. Respecto del primero, ya se ha concluido que la asociación actuó en defensa del interés o derecho colectivo con la precisión de que se trata del *grupo* de consumidores y usuarios contratantes. Respecto de la segunda forma, resulta innecesario ya que se incluye en la primera. Finalmente, respecto de la tercera forma, sí resulta pertinente en tanto va más allá de la defensa del grupo de contratantes.

En cuanto al fondo, los siguientes pedidos de la asociación tienen los siguientes objetos:

- (i) Declaración de inexigibilidad de las cláusulas abusivas: Tiene por objeto impedir la permanencia de las acciones ilícitas de consignación de cláusulas abusivas, a través

del cese⁷⁶ de su exigibilidad al grupo de consumidores y usuarios contratantes (tutela inhibitoria).

- (ii) Orden a Mercado Libre para el retiro de las cláusulas abusivas: También tiene por objeto impedir la permanencia de las acciones ilícitas de consignación de cláusulas abusivas, a través del cese (tutela inhibitoria).
- (iii) Orden a Mercado Libre para que cese de ofrecer sus tres servicios mientras no entregue la nueva propuesta: Este pedido excede de los hechos controvertidos pues solo se discuten veinte cláusulas repartidas en tres servicios y no la totalidad de los servicios.
- (iv) Orden a Mercado Libre para que pague los gastos incurridos por los usuarios: *No* tiene por objeto la tutela material preventiva –inhibitoria y de remoción– sino la tutela resarcitoria parcial; además, se relaciona con los derechos o intereses individuales homogéneos donde resulta relevante la individualización de los dañados, p. ej. la *class actions for damages* (Gidi, 2004, p. 61).
- (v) Orden a Mercado Libre para que publique avisos rectificatorios o informativos sobre las cláusulas abusivas: Si son avisos rectificatorios, tiene por objeto *remover* los efectos permanentes de las acciones ilícitas de consignación de cláusulas abusivas (tutela de remoción). Si son avisos informativos, tiene por objeto *impedir* la repetición en el futuro de las acciones ilícitas de consignación de cláusulas abusivas, en tanto los grupos de consumidores conocerán qué cláusulas son abusivas y las razones (tutela inhibitoria).

⁷⁶ Como se concluyó en el capítulo II, el procedimiento colectivo también tiene por objeto *cesar* acciones permanentes ilícitas según la interpretación lógica del artículo 116 en sistemática con el 109 del Código del Consumidor.

Se debe añadir, en el presente análisis, que la orden a Mercado Libre para el retiro de sus cláusulas abusivas de la plataforma digital, va más allá de la defensa del derecho colectivo del grupo de contratantes. Así, a través del cese de consignar cláusulas abusivas, se defiende también al conjunto de personas no contratantes pero expuestos a contratar. Del mismo modo ocurre con el pedido de publicación de avisos informativos, el cual va más allá de la defensa del derecho colectivo del grupo de contratantes. En definitiva, ambos pedidos defenderían también al derecho *difuso*.

Por lo expuesto, se ha verificado que la asociación Acurea sí solicitó hasta cuatro pedidos de tutela preventiva inhibitoria y de remoción concretizados en las medidas correctivas.

d. ¿La asociación solicitó una medida cautelar o medida anticipatoria?

Según el recuento de los hechos relevantes, la asociación Acurea solicitó a la Secretaría Técnica, en la forma de medida cautelar al amparo del artículo 109 literal b) del Código del Consumidor, lo siguiente:

- (i) En beneficio del grupo de consumidores expuestos, titular del interés difuso: Retirar las cláusulas denunciadas de los términos y condiciones de la plataforma.
- (ii) En beneficio del grupo de consumidores contratantes, titular del interés difuso: Abstenerse de aplicar las cláusulas a los usuarios contratantes.

Previamente, se advierte la confusión incurrida por la Acurea sobre el titular del derecho o interés difuso. Se ha de holgar que el grupo de consumidores y usuarios *contratantes* no es titular del derecho difuso sino del derecho colectivo. Así, resultaría cierto que el retiro de cláusulas de la plataforma, beneficiaría al conjunto de personas no contratantes pero expuestas a hacerlo, esto es, al *derecho difuso*. Del mismo modo, la orden de abstención de aplicar las cláusulas al grupo de consumidores y usuarios contratantes, beneficiaría al *derecho colectivo*.

Respecto al fondo, las órdenes de (i) retiro de las cláusulas denunciadas de los términos y condiciones de la plataforma y (ii) abstención de aplicar las cláusulas al grupo de contratantes, no tienen por objeto asegurar la eficacia de la ejecución de la decisión final (no son cautelares). Ambas solicitudes tienen por objeto *cesar* acciones ilícitas consistentes en la consignación de cláusulas abusivas y su eventual aplicación (anticipación de lo pretendido en el principal). Esto implica la vigencia del derecho material a la protección contra las cláusulas abusivas y satisfacción, en tiempo presente, del derecho supraindividual. Si bien serían temporales, son preventivas.

Por tanto, la asociación no solicitó medidas cautelares sino medidas anticipatorias de tutela.

e. ¿La solicitud de anticipación de tutela se solicitó antes o después del contradictorio en el procedimiento principal?

La asociación legitimada presentó su solicitud de anticipación de tutela el día 10 de febrero de 2020. Mercado Libre presentó sus descargos el día 3 de enero de 2020 en el procedimiento principal.

Por tanto, la solicitud de anticipación de tutela fue presentada después de que Blue Marlin ejerza su derecho de defensa en el procedimiento principal.

f. ¿Cuánto tiempo tardó el órgano resolutorio para pronunciarse sobre la solicitud de anticipación de tutela?

La asociación legitimada presentó su solicitud de anticipación de tutela el día 10 de febrero de 2020. La Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 se pronunció sobre dicha solicitud el día 10 de marzo de 2020 y fue notificada a la asociación el día 3 de julio de 2020.

Por tanto, el órgano resolutorio tardó 21 días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud de anticipación de tutela.

g. ¿Los órganos resolutivos evaluaron correctamente el presupuesto del peligro en la demora para la denegatoria de la solicitud de anticipación de tutela?

En primer grado, la Comisión sobre el presupuesto denominado como peligro en la demora, fundamentó lo siguiente para la denegatoria de la solicitud de anticipación de tutela:

- (i) Acurea no ha señalado cuáles serían los presuntos daños irreparables que se generarían a los consumidores y harían que el pronunciamiento de la Comisión devenga en ineficaz (fundamento n.º 26).
- (ii) Si los usuarios de las plataformas advierten afectaciones a sus derechos, tienen expedito su derecho de interponer denuncias (fundamento n.º 27).
- (iii) Citó la Resolución n.º 1816-2017/SPC-INDECOPI emitida por la Sala Especializa en Protección al Consumidor (en adelante la Sala) –en la que resuelve un caso individual– que, a efectos de verificar la existencia del peligro en la demora, se evalúa si la falta de otorgamiento de la medida cautelar solicitada generaría un perjuicio que no pueda ser revertido con las medidas correctivas ordenadas en el pronunciamiento final, pues de no ser así, no habría justificación (fundamento n.º 28).

En la presente tesis, se asume la distinción entre las dos especies de *periculum in mora* evidenciada por Calamandrei: (i) peligro de infructuosidad y (ii) peligro de tardanza (Proto, 2018, pp. 645 y 646). El primero hace referencia al peligro que durante el desarrollo del proceso sobrevengan hechos que tornen imposible o difícil la actuación de la sentencia, p. ej. el peligro de disposición material y jurídica. El segundo hace referencia al peligro de prolongación en el tiempo del estado de insatisfacción del derecho por la duración del proceso, p. ej. la insatisfacción de derechos materiales.

Específicamente, para esta tesis, importa el peligro de la *tardanza*. Aquí, se relacionan los factores del (a) estado de insatisfacción del derecho supraindividual⁷⁷ y (b) lapso contable desde la interposición del acto postulatorio hasta la ejecución de la decisión final (duración del proceso). Ambos factores se ubican en un mismo plano temporal, del cual deriva la prolongación del estado de insatisfacción. Por tanto, para la fundabilidad de este presupuesto, se debe evaluar el prolongamiento del estado de insatisfacción durante el curso del procedimiento (daño marginal).

En el caso concreto, la Comisión ha evaluado el presupuesto del peligro en la demora con la conjunción de dos factores: (a) posibilidad de que se cauce algún daño y (b) que dicho daño se torne en *irreparable*. Estos factores no solo son distintos a los asumidos en la presente tesis sino que la contradicen. Ya se había dicho que los derechos supraindividuales –difuso y colectivo– son inviolables *per se* en tanto derechos humanos y fundamentales. Por tanto, el peligro en la demora no debe tener como eje al daño sino al estado de satisfacción de los derechos supraindividuales (alteridad).

Incluso, la Comisión esboza un fundamento que desnaturaliza al derecho colectivo en cuanto a su indivisibilidad. Así, ha dicho que si los usuarios de las plataformas advierten afectaciones a sus derechos, tienen expedito su derecho de interponer denuncias. Se debe descartar este fundamento en tanto lo que pretende la asociación es la tutela del grupo quien es el titular del derecho colectivo (Didier y Zaneti, 2019, p. 48) y no los consumidores y usuarios considerados como simples individuos. El fundamento de la Comisión vacía de contenido la utilidad del procedimiento *colectivo* creado, justamente, para la tutela grupal colectiva y no individual.

⁷⁷ Así también entiende el profesor Berizonce (2008) cuando dice que el peligro de la mora consiste “en la prolongación del estado de insatisfacción del derecho reclamado en el juicio, con el peligro inminente de que llegará tarde la providencia de mérito y será ya irreparable el daño causado a la parte” (p. 313).

En su inconsistencia argumentativa, la Comisión citó una resolución que resulta impertinente por dos razones. En primer lugar, mediante aquella decisión se resolvió un caso individual cuya pretensión fue netamente patrimonial (devolución de dinero). En segundo lugar, los pedidos de anticipación de tutela de Acurea –retiro de cláusulas y abstención de aplicación– sí estaban en sintonía con la cesación de prolongación del estado de insatisfacción de los derechos supraindividuales –difuso y colectivo–, mientras duraba el procedimiento (peligro en la tardanza).

En segundo grado, la Sala, sobre el presupuesto denominado peligro en la demora, fundamentó lo siguiente para confirmar la denegatoria de la solicitud de anticipación de tutela:

- (i) Lo solicitado por Acurea consiste en una medida cautelar innovativa en tanto busca alterar el estado de cosas (fundamento n.º 36). Conforme con el autor Sartori, la irreparabilidad del perjuicio consiste en que de subsistir la situación, ocasionaría un daño irreparable al pretensor o dificultosa reparación (fundamento n.º 37).
- (ii) Si bien la Acurea señaló el presunto daño inminente que sí podría ocurrir en el caso concreto, no es suficiente para cumplir con el “peligro en la demora” pues se requiere que el presunto daño sea irreparable (fundamento n.º 42).
- (iii) Empero, ya en vía de apelación, la Acurea señaló que la imposibilidad de reparar los futuros daños se evidenciaba en la naturaleza de la cláusulas (fundamento n.º 44); más allá de esto, la Acurea no especificó de qué manera el hecho de aplicar las cláusulas produciría un perjuicio irreparable (fundamento n.º 45).
- (iv) De la revisión de las cláusulas, se desprende que no existiría un perjuicio irreparable en caso fueran aplicadas, dado que (fundamento n.º 50):

- (a) La aplicación de las cláusulas referidas a la exoneración de responsabilidad de Mercado Libre, no son obstáculos para que los consumidores puedan denunciar, en un procedimiento particular, la responsabilidad y aplicación de las cláusulas.
- (b) La aplicación de las cláusulas de Mercado Pago y Compra Protegida, no restringen la acción para su declaración de abusivas e inaplicación, ni las responsabilidades correspondientes por causar algún perjuicio.
- (v) La aplicación de muchas de las cláusulas abusivas podrían ser resarcidas patrimonialmente, considerando que los bienes materia de transacción en las plataformas de Mercado Libre tienen carácter económico (fundamento n.º 51).
- (vi) Finalmente, la Sala manifestó que, en casos anteriores, había ratificado la concesión de medidas cautelares en tanto se probó el “peligro en la demora”, tal como la difícil reparación hacia los consumidores universitarios a quienes se les cobraba más del 50% del valor del pasaje adulto, dada las dificultades probatorias para la identificación de los perjudicados y que podían haber desechado los boletos (fundamento n.º 54)

Al respecto, la Sala también evalúa el presupuesto del peligro en la demora con la conjunción de dos factores: (a) posibilidad de que se cause algún daño y (b) que dicho daño se torne en *irreparable*. Ya se ha adelantado *supra* el desacuerdo sobre este tipo de evaluación. Asimismo, no pasa desapercibido que el autor Sartori se ha constituido como una fuente de autoridad para la Sala que origina y respalda este tipo de razonamiento. No obstante, dicho autor no se ha caracterizado por su producción en temas de tutela colectiva de grupos; de allí que tampoco ninguno de los autores consultados para esta tesis lo consideren.

A mayor abundamiento, el mismo Marinoni (2016) desestima el elemento del daño, el cual solo es indispensable para obligaciones de resarcimiento (p. 347). El resarcimiento en metálico, como forma de tutela de los derechos, no está de acuerdo con los valores del Estado

constitucional. El deber estatal exige preocupación de los derechos fundamentales, con la tutela de la *integridad* del derecho del consumidor, a la salud, a la educación, etc. (Marinoni, 2017, p. 23).

Respecto del factor de que dicho daño se torne en irreparable, según la Sala, la aplicación de muchas de las cláusulas **sí** podrían resarcirse patrimonialmente. Así, a criterio de la Sala, no vale la pena el dictado de las medidas de anticipación de tutela. Queda, pues, en evidencia la lógica resarcitoria asumida por la Sala, propia de un Estado protector del mercado y no de ciudadanos (Marinoni, 2017, p. 22).

En el marco teórico, se ha manifestado que el daño es una consecuencia contingente –y no necesaria– del acto ilícito. En la hipótesis del daño, ya no se trataría de un derecho supraindividual –difuso o colectivo– sino de derechos individuales homogéneos de origen común –hecho dañoso– cuyo objeto procesal sería el mandato de la autoridad para el resarcimiento según las particularidades de cada caso. Por tanto, es un sinsentido pretender la anticipación de tutela –preventiva– de aquello que ya se ha dañado.

Según lo expuesto, no resulta extraño el grave equívoco incurrido por la Sala al citar aquellos casos anteriores. Esto porque la identificación de los perjudicados con fines de una plausible reparación no guarda afinidad con la tutela de derechos supraindividuales sino de derechos individuales homogéneos. En estos, los titulares son los *miembros* del grupo y no el grupo; de aquí, se explica que los derechos son divisibles. Su nota definitoria es la existencia de la afectación del grupo; por lo cual, es una clase *necesariamente afectada* (Corominas, 2015, p. 73). Por tanto, no cabe una tutela preventiva sino exclusivamente la tutela como respuesta a la producción del daño (Corominas, 2015, p. 74).

Por lo expuesto, ambos órganos resolutivos –Comisión y Sala– no evaluaron con corrección el presupuesto del peligro en la demora que concluyó con la denegatoria de la solicitud de anticipación de tutela.

h. ¿Se ha verificado que los órganos resolutivos de primer y segundo grado inaplicaron las técnicas de anticipación de tutela y medidas coercitivas?

Ambos órganos resolutivos –Comisión y Sala– denegaron la solicitud de anticipación de tutela evaluando, únicamente y en principio, el presupuesto del peligro en la demora. Se han expuesto las razones que dan cuenta de los graves equívocos incurridos por ambos órganos. Así, ante la denegatoria en ambos grados, no se ha podido impedir la permanencia de las veinte cláusulas probablemente abusivas, mientras se prolonga el tiempo del procedimiento (peligro en la tardanza según Calamandrei citado por Proto, 2018, pp. 645 y 646).

Por lo expuesto, se verifica que ambos órganos resolutivos –Comisión y Sala– inaplicaron las técnicas procesales de anticipación de tutela y las medidas coercitivas.

5. LA TIRANÍA DEL PAPEL EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR UNIVERSITARIA: ACUREA VS. UNASAM (EXPEDIENTE N.º 13-2020/CPC-INDECOPI-ANC)

5.1 HECHOS RELEVANTES

El último caso para analizar data desde el 26 de junio de 2020. En esta fecha, la asociación Acurea denunció a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (en adelante, Unasam) ante la Secretaría Técnica de la Oficina Regional del Indecopi de Ancash sede Huaraz (en adelante, la Secretaría Técnica) por presuntas infracciones a las normas contenidas en el Código del Consumidor (expediente n.º 13-2020/CPC-INDECOPI-ANC). Alegó legitimación en defensa del derecho colectivo y difuso del grupo de usuarios.

La Acurea manifestó que la Unasam exigía a los usuarios 89 documentaciones innecesarias⁷⁸ para los siguientes servicios y procedimientos, acciones que presuntamente infringían las normas contenidas en los artículos 1.1 literal c) y 56.1 literal g) del Código del Consumidor:

- (i) Inscripción y proceso de admisión a los programas de maestría y doctorados para egresados de pregrado de la Unasam y otras universidades.
- (ii) Primera matrícula y matrículas posteriores en estudios de maestría y doctorado.
- (iii) Constancias de egresados y estudios de maestría y doctorado,
- (iv) Presentación, revisión y sustentación de tesis de maestría y doctorados a egresados de la Unasam y de otras universidades,
- (v) Otorgamiento de grado académico de maestro y doctor, y
- (vi) Duplicado de diploma de grados académicos y título profesional.

Así también, la Acurea manifestó que la Unasam condicionaba la presentación, revisión y sustentación de la tesis de maestría y doctorado (egresados de la Unasam y de otras universidades) a estudiar únicamente en el Centro de Idiomas de la Unasam. Esta acción era una presunto ilícito contra la norma contenida en el artículo 56.1 literal a) del Código del Consumidor.

La Acurea dividió sus pedidos de tutela según el tipo de grupo titular del derecho supraindividual:

⁷⁸ Los 89 documentos innecesarios son copias simples de certificados de estudios, declaración jurada de buena salud, declaración jurada de conocer y aceptar el reglamento, constancia de egreso de pregrado a los egresados de la Unasam, carta de compromiso de acatar el Estatuto y normas internas, copia autenticada del grado de bachiller y título profesional, copia simple de la constancia de egreso del programa de maestría o en copia fedateada, copia simple del certificado de acreditación de dos idiomas extranjeros expedidos por la Escuela de Posgrado de la Unasam, copia simple de la aprobación del proyecto de tesis doctoral, constancia de no adeudo de pensión de enseñanza, constancia de no adeudar material bibliográfico, copia simple de DNI, entre otros.

- (i) Respecto del grupo de usuarios afectado, grupo titular del derecho supraindividual colectivo: (a) Devolución a los usuarios de los pagos efectuados por la expedición de la documentación innecesaria para acceder a los servicios de postgrado en S/ 361, S/ 441, S/ 711, S/ 701 y S/ 33.50 según los casos y (b) pagar a los usuarios egresados de otras universidades los gastos incurridos distintos a los anteriores.
- (ii) Respecto del grupo de usuarios amenazado –grupo titular del derecho supraindividual colectivo– y clase de usuarios –titular del derecho supraindividual difuso–: (a) Cese y abstención de exigir la presentación de documentación innecesaria y constancia de Centro de Idiomas de la Unasam para acceder a los servicios de postgrado y (b) publicación de avisos informativos en la página web, redes sociales y de mensajería, sobre los métodos comerciales coercitivos.

El día 11 de agosto de 2020, la Secretaría Técnica notificó a la Acurea la Resolución n.º 1 de fecha 24 de julio de 2020. No calificó la legitimación de derechos supraindividuales.

Imputó que:

- (i) Las exigencias de 89 documentaciones innecesarias constituían presuntas infracciones contra las normas contenidas en los artículos 1.1 literal c) –derecho de la protección contra métodos comerciales coercitivos– y 56.1 literal g) –prohibición de exigencia de documentación innecesaria como método comercial coercitivo– del Código del Consumidor.
- (ii) El condicionamiento de estudiar exclusivamente en el Centro de Idiomas de la Unasam para la presentación, revisión y sustentación de la tesis de maestría y doctorado constituía presuntas infracciones contra las normas contenidas en los artículos 1.1 literal c) y 56.1 literal g) –prohibición de condicionar la prestación de un servicio a la adquisición de otro como método comercial coercitivo– del Código del Consumidor.

El 19 de agosto de 2020, la Unasam presentó sus descargos. Negó que la exigencia de las 89 documentaciones constituyan ilícitos (dijo que no contiene ninguna barrera burocrática). Manifestó que no se condiciona el estudio únicamente en el Centro de Idiomas de la Unasam sino que los estudios de uno o más idiomas extranjeros deben ser certificados por dicho centro.

El día 4 de octubre de 2020, la Acurea solicitó al Secretario Técnico o, en todo caso, a la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Ancash sede Chimbote (en adelante, la Comisión) que dicte la medida cautelar de cesación de los 90 actos permanentes ilícitos:

- (i) Verosimilitud del derecho subjetivo y actos ilícitos: La Unasam incurre en acciones permanentes ilícitas contra las normas contenidas en los artículos 1.1 literal c) y 56.1 literal a) del Código del Consumidor, las cuales se prueban a través de la Resolución de Consejo Universitario-Rector n.º 302-2018- UNASAM del 20 de julio de 2018 que aprueba el TUPA (61 folios) publicado en el diario oficial *El Peruano* (2 folios). Reiteró las razones de que la documentación es innecesaria y que el condicionamiento del certificado del idioma extranjero atenta contra la autonomía y libertad de contratación.
- (ii) Peligro en la demora: Existe en su vertiente de peligro en la tardanza, generado por la duración del proceso que causa un estado de insatisfacción del derecho. Mientras dura el procedimiento de 120 días hábiles más el procedimiento recursivo, la Unasam ha realizado exámenes de admisión en la cual exige documentación innecesaria y certificado de idioma extranjero emitido exclusivamente por su centro.
- (iii) Adecuación de la medida: La cesación consiste en que se ordene a la Unasam que suspenda los 89 requerimientos de documentación innecesaria y condicionamiento del certificado del idioma extranjero hacia los grupos de usuarios y clases difusas de

postulantes, egresados y estudiantes para el acceso y desarrollo de los servicios de maestría y doctorado, mientras se resuelve el procedimiento colectivo.

La Comisión emitió la Resolución Final n.º 166-2020/INDECOPI-CHT de fecha 19 de octubre de 2020 con el siguiente sentido:

- (i) Declaró infundada la denuncia colectiva respecto de la exigencia de doce (12) documentos innecesarios.
- (ii) Declaró fundada la denuncia colectiva respecto de las exigencias de 77 documentos innecesarios, con la sanción de 5 UIT.
- (iii) Declaró fundada la denuncia colectiva respecto del condicionamiento de estudiar exclusivamente en el Centro de Idiomas de la Unasam para la presentación, revisión y sustentación de la tesis de maestría y doctorado, con la sanción de 7 UIT.
- (iv) Denegó las solicitudes de la Acurea consistentes en la (a) devolución a los usuarios de los pagos efectuados por la expedición de la documentación innecesaria y (b) pagar a los usuarios egresados de otras universidades los gastos incurridos distintos a los anteriores; la razón es que no obran medios probatorios.
- (v) Ordenó a la Unasam abstenerse de exigir los 77 documentos innecesarios y del condicionamiento de estudiar exclusivamente en el Centro de Idiomas de la Unasam, en el plazo de quince días hábiles desde que la resolución adquiriera firmeza.
- (vi) Declaró improcedente la medida cautelar interpuesta por la Acurea por *sustracción de la materia* en tanto se había emitido la decisión de grado.

El 16 de noviembre de 2020, la Acurea apeló la Resolución Final n.º 166-2020/INDECOPI-CHT en el extremo que la Comisión declaró improcedente la medida cautelar. Manifestó que la decisión estimatoria de primer grado no da lugar al rechazo automático de la

providencia cautelar, pues mientras aquella no adquiriera firmeza, sus mandatos de abstención de requerir documentación innecesaria y condicionar el certificado del idioma extranjero son ineficaces. Además, el peligro persistirá hasta que la Sala resuelva el procedimiento principal en grado de apelación en 120 días hábiles.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante la Sala), mediante Proveído n.º 1 de fecha 21 de diciembre de 2020, comunicó a la Acurea que recibió el expediente el día 10 de diciembre de 2020 (en segundo grado el expediente tiene el ingreso n.º 1834-2020/SPC-MC).

La Sala, mediante Resolución n.º 293-2021/SPC-INDECOPI de fecha 9 de febrero de 2021, resolvió revocar la decisión de primer grado que declaró improcedente la medida cautelar y la declaró procedente; y devolvió para un nuevo pronunciamiento. Las razones fueron las siguientes:

- (i) La primera instancia no consideró que, al emitir un pronunciamiento sobre el fondo, únicamente ponía fin a la instancia más no al procedimiento, en la medida que resolución no agotaba la vía administrativa y no tenía la calidad de firme (fundamento n.º 57).
- (ii) Si bien en la decisión de primer grado se dictaron medidas correctivas, no es menos cierto que no pueden exigirse la ejecución de dichos mandatos a la Unasam dado que ambas partes apelaron; por tanto, se suspendían sus efectos (fundamento n.º 64).
- (iii) Se aprecia que Acurea presentó su solicitud cautelar antes de la emisión de la decisión que puso fin a la instancia; por tanto, no era necesario que la Comisión espere hasta la resolución sobre el fondo para recién pronunciarse sobre el pedido cautelar, más aún si se invocaba la urgente necesidad de una tutela preventiva (fundamento n.º 65).

5.2 ANÁLISIS DEL CASO

a. ¿La Secretaría Técnica se excedió del plazo máximo para admitir a trámite la denuncia colectiva?

La Secretaría Técnica tardó 20 días hábiles para emitir la Resolución n.º 1 (desde el 26 de junio de 2020 hasta el 24 de julio de 2020). Tardó 10 días hábiles adicionales para notificar a la asociación (11 de agosto de 2020).

Por tanto, se ha verificado que la Secretaría Técnica no se excedió del plazo *máximo* de 20 días hábiles según el artículo 4.3.3 de la Directiva n.º 006-2017/DIR-COD-INDECOPI.

b. ¿Se discutía realmente una controversia de derecho supraindividual?

La asociación Acurea alegó legitimación en defensa del derecho colectivo y difuso del grupo de usuarios. Por su parte, la Secretaría Técnica omitió calificar la legitimación, esto es, qué tipo de derecho supraindividual se defendía. Este extremo importa en la medida que quizá, en el caso concreto, no se esté defendiendo algún tipo de derecho supraindividual, sobre todo, importa para elegir la tutela más adecuada y respectivas técnicas procesales.

En el capítulo I, se ha preferido relacionar el derecho colectivo con el *grupo* –por su vinculación jurídica– y, respectivamente, el derecho difuso con el *conjunto* –por su vinculación de hecho– (Grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil, 2018). En este orden, la Acurea debió alegar su legitimación en defensa del derecho colectivo del grupo de usuarios contratantes con la Unasam y, de corresponder, en defensa del derecho difuso del conjunto de personas no contratantes pero expuestas a hacerlo con la Unasam. Con todo, se denota que la Acurea alegó dos legitimaciones.

Por un lado, se converge que existe vinculación jurídica del grupo de usuarios del servicio educativo universitario con la Unasam, a través de múltiples formas (inscripción efectiva en el proceso de admisión, pagos de matrícula, pagos por el servicio de constancias, etcétera).

Así, la Acurea atina que la defensa es del derecho *colectivo* del grupo de usuarios contratantes (este grupo, a su vez, puede desgajarse en varios subgrupos según los diversos servicios denunciados).

De otro lado, se puede converger que existe vinculación circunstancial de hecho entre el conjunto de personas no contratantes pero expuestas a hacerlo con la Unasam; en específico, los bachilleres y magísteres que pretenden seguir estudios de maestría y doctorado respectivamente. Estas personas no adquieren el estatus de usuarios en tanto no han contratado efectivamente con la Unasam; no obstante, su exposición a contratar es merecedora de tutela preventiva. Así, la Acurea también atina que la defensa, en este caso, es del derecho *difuso* del conjunto de personas expuestas.

Las acciones ilícitas consistieron en que la Unasam exigía al grupo de usuarios 89 documentos innecesarios y condicionaba un servicio a la contratación previa de otro. El grupo de usuarios contratantes y conjunto de personas expuestas tienen derecho a la protección contra métodos coercitivos (arts. 1.1 literal c. y 56.1 literales g. y a. del Código del Consumidor). Por tanto, en el presente caso, la Acurea actuó en legitimación extraordinaria del derecho *colectivo* del grupo de usuarios contratantes y del derecho *difuso* del conjunto de personas expuestas.

Por lo expuesto, sí se discutió una controversia de derecho supraindividual, tanto del *derecho colectivo* como del *derecho difuso*.

c. ¿Se solicitaba realmente algún tipo de tutela preventiva (inhibitoria o de remoción)?

Si bien en ninguna pieza del expediente se analiza la modalidad de las acciones ilícitas, debe decirse que la exigencia de documentación innecesaria y condicionamiento, califican como acciones ilícitas instantáneas. Consecuentemente, los pedidos de tutela deberían

fundamentarse en la tutela inhibitoria ya que esta tiene por objeto impedir la repetición en el presente y futuro de dichas acciones (Marinoni, 2008, pp. 30 y 31). Sin perjuicio de esto, se debería realizar algún pedido de tutela de remoción dirigida a remover los efectos de las acciones ilícitas que ya ocurrieron (Marinoni, 2008, p. 54).

Sin embargo, en un primer apartado, la Acurea solicitó los siguientes pedidos de tutela respecto del grupo de usuarios de *afectados*:

- (i) Devolución a los usuarios de los pagos efectuados por la expedición de la documentación innecesaria para acceder a los servicios de postgrado en S/ 361, S/ 441, S/ 711, S/ 701 y S/ 33.50 según los casos, y
- (ii) pagar a los usuarios egresados de otras universidades los gastos incurridos distintos a los anteriores.

Obviamente, los pedidos de devolución de dinero y pago de gastos no son a favor del grupo –como una entidad distinta a sus miembros– sino de los usuarios individualizados. Así, ambos pedidos no guardan afinidad con la tutela de derechos supraindividuales sino de derechos individuales homogéneos. En estos, los titulares son los *miembros* del grupo y no el grupo; de aquí, se explica que los derechos son divisibles. Su nota definitoria es la existencia de la afectación del grupo; por lo cual, es una clase *necesariamente afectada* (Corominas, 2015, p. 73). Por tanto, no cabe una tutela preventiva sino exclusivamente la tutela como respuesta a la producción del daño (Corominas, 2015, p. 74).

En contraste, en un segundo apartado, la Acurea solicitó los siguientes pedidos de tutela respecto del grupo de usuarios contratantes y conjunto de personas expuestas:

- (i) Cese y abstención de exigir la presentación de documentación innecesaria y constancia de Centro de Idiomas de la Unasam para acceder a los servicios de postgrado y

- (ii) Publicación de avisos informativos en la página web, redes sociales y de mensajería, sobre los métodos comerciales coercitivos.

Al respecto, el pedido (i) del párrafo anterior tiene por objeto impedir la repetición en el presente y futuro de las acciones ilícitas instantáneas a través del cese de su exigencia; por tanto, calza en la tutela inhibitoria. Luego, el pedido (ii) del párrafo anterior tiene por objeto *impedir* la repetición en el presente y futuro de las acciones ilícitas instantáneas de exigencia de documentación innecesaria y condicionamiento, en tanto el grupo de usuarios (derecho colectivo) y conjunto de personas expuestas (derecho difuso) conocerán cuáles son; por tanto, calza en la tutela inhibitoria.

Por lo expuesto, se ha verificado que la asociación Acurea, si bien solicitó dos pedidos de tutela resarcitoria a favor de los derechos individuales homogéneos, también solicitó dos pedidos de tutela preventiva inhibitoria concretizados en las medidas correctivas.

d. ¿La asociación solicitó una medida cautelar o medida anticipatoria?

La Acurea solicitó a la Secretaría Técnica o, en todo caso, a la Comisión, en la forma de medida cautelar al amparo del artículo 109 literal a) del Código del Consumidor, la *cesación* consistente en que ordene a la Unasam la suspensión de los 89 requerimientos de documentación innecesaria y condicionamiento del certificado del idioma extranjero hacia los grupos de usuarios y clases difusas (*rectius*: conjunto de personas) de postulantes, egresados y estudiantes para el acceso y desarrollo de los servicios de maestría y doctorado, mientras se resuelve el procedimiento colectivo. Si bien se ha solicitado en la forma de medida cautelar, en adelante se dilucidará su naturaleza.

Al respecto, la *cesación* consistente en que ordene a la Unasam la suspensión de los 89 requerimientos de documentación innecesaria condicionamiento del certificado del idioma extranjero, no tiene por objeto *asegurar* la eficacia de la ejecución de la decisión final (no

es cautelar). Esta solicitud tiene por objeto *cesar* acciones ilícitas instantáneas –métodos comerciales coercitivos–, lo cual también se ha solicitado en el procedimiento principal (anticipación de lo pretendido en el principal). Esto implica la vigencia del derecho material a la protección contra métodos coercitivos y satisfacción, en tiempo presente, del derecho supraindividual. Si bien serían temporales, son preventivas.

Por lo expuesto, la asociación no solicitó una medida cautelar sino una medida anticipatoria de tutela.

e. ¿La solicitud de anticipación de tutela se solicitó antes o después del contradictorio en el procedimiento principal?

La asociación legitimada presentó su solicitud de anticipación de tutela el día 4 de octubre de 2020. La Unasam presentó sus descargos el día 19 de agosto de 2020 en el procedimiento principal.

Por tanto, la solicitud de anticipación de tutela fue presentada después de que la Unasam ejerza su derecho de defensa en el procedimiento principal.

f. ¿Cuánto tiempo tardó el órgano resolutorio para pronunciarse sobre la solicitud de anticipación de tutela?

La asociación legitimada presentó su solicitud de anticipación de tutela el día 4 de octubre de 2020. La Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Ancash sede Chimbote se pronunció sobre dicha solicitud el día 19 de octubre de 2020.

Por tanto, el órgano resolutorio tardó 12 días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud de anticipación de tutela.

g. ¿La emisión de la decisión de primer grado implicaba la sustracción de la materia de la solicitud de anticipación de tutela?

La Comisión declaró improcedente la medida cautelar interpuesta por la Acurea por *sustracción de la materia* en tanto se había emitido la decisión de grado. Esta decisión la emitió junto a la decisión del procedimiento principal de primer grado.

Al respecto, la decisión de la Comisión es temerariamente errónea. Tal como lo alegó la Acurea en su apelación, la decisión estimatoria de primer grado no da lugar al rechazo automático de la providencia anticipatoria, pues mientras aquella no adquiera firmeza, sus mandatos de abstención de requerir documentación innecesaria y condicionar el certificado del idioma extranjero son ineficaces. De este modo, el peligro en la tardanza persistirá hasta que la Sala resuelva el procedimiento principal en grado de apelación en 120 días hábiles.

En efecto, tras la apelación de la Acurea, la Sala resolvió revocar la decisión de primer grado que declaró improcedente la medida cautelar (*rectius*: medida anticipatoria de tutela) y la declaró procedente; y devolvió para un nuevo pronunciamiento. Las razones fueron las siguientes:

- (i) La primera instancia no consideró que, al emitir un pronunciamiento sobre el fondo, únicamente ponía fin a la instancia más no al procedimiento, en la medida que resolución no agotaba la vía administrativa y no tenía la calidad de firme (fundamento n.º 57).
- (ii) Si bien en la decisión de primer grado se dictaron medidas correctivas, no es menos cierto que no pueden exigirse la ejecución de dichos mandatos a la Unasam dado que ambas partes apelaron; por tanto, se suspendían sus efectos (fundamento n.º 64).
- (iii) Se aprecia que Acurea presentó su solicitud cautelar antes de la emisión de la decisión que puso fin a la instancia; por tanto, no era necesario que la Comisión espere hasta la

resolución sobre el fondo para recién pronunciarse sobre el pedido cautelar, más aún si se invocaba la urgente necesidad de una tutela preventiva (fundamento n.º 65).

No se puede estar más de acuerdo con los fundamentos de la Sala. Sin embargo, el extremo de la decisión de devolver el expediente para un nuevo pronunciamiento por la Comisión, tributa en el peligro de la demora, en su vertiente del peligro en la tardanza (Calamandrei citado por Proto, 2018, pp. 645 y 646). La Sala contaba, en autos, con los elementos probatorios suficientes para emitir una decisión sobre el fondo pero no lo hizo. Así, una vez más, se verifica la inaplicación de técnicas adecuadas oportunas para la tutela preventiva de derechos supraindividuales.

Por lo expuesto, la emisión de la decisión de primer grado no implica la sustracción de la materia respecto de la solicitud de anticipación de tutela.

h. ¿Se ha verificado que los órganos resolutivos de primer y segundo grado inaplicaron las técnicas de anticipación de tutela y medidas coercitivas?

La Comisión ni siquiera evaluó los presupuestos de la anticipación de tutela; sencillamente, declaró la sustracción de la materia. La Sala, en grado de apelación del cuaderno cautelar, revocó la decisión declarándola procedente y lo devolvió para nuevo pronunciamiento; no obstante, no decidió sobre el fondo a pesar de contar con los elementos suficientes. Ambas decisiones constituyen formas de inaplicación de técnicas adecuadas como la anticipación de tutela y medidas coercitivas para un caso que sí lo requiere. Nada ha podido impedir la repetición de las 90 acciones ilícitas en perjuicio del grupo de usuarios y conjunto de personas expuestas, mientras se sustancia el procedimiento colectivo.

Por lo expuesto, se verifica que los órganos resolutivos –Comisión y Sala– inaplicaron las técnicas procesales de anticipación de tutela y las medidas coercitivas.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1 SEGÚN LA NATURALEZA O PROFUNDIDAD

La presente investigación, según su naturaleza o profundidad, fue descriptiva. Así, se hizo referencia a fenómenos de carácter social como los actos ilícitos en los que incurren los empresarios (proveedores) en contra de los derechos supraindividuales del conjunto y grupo de consumidores.

3.1.2 SEGÚN LA APLICABILIDAD O PROPÓSITO

Así también, según la aplicabilidad o propósito, la investigación fue aplicada. Se recogieron los postulados teóricos existentes para la resolución de conflictos colectivos entre empresas y conjuntos y grupos de consumidores.

3.2 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

3.2.1 MÉTODO CIENTÍFICO

a. Método inductivo

En el enfoque cualitativo de la investigación, los investigadores “se basan más en una lógica y proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas). Van de lo particular a lo general” (Hernández *et al*, 2014, p. 8). Se utiliza técnicas para recolectar datos, como la observación no estructurada; es más flexible y no pretende generalizar de manera probabilística los resultados (Hernández *et al*, 2014, pp. 8 y 9).

La presente investigación tuvo ese enfoque cualitativo. Se investigó cuál fue el efecto de la inaplicación de técnicas procesales adecuadas por los órganos resolutivos del Indecopi sobre derechos supraindividuales de los consumidores con de la exploración y descripción de expedientes y resoluciones de los años 2018 al 2020. Esto implicó haber ingresado en el

ámbito de los textos normativos y de la actuación de los operadores. Luego, en los siguientes apartados, se obtuvo resultados (IV) y conclusiones generalizables (V) aunque no de modo probabilístico sino lógico.

3.2.2 MÉTODOS JURÍDICOS

a. Método dogmático

Una investigación jurídica que utiliza el método dogmático “concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa” (Ramos, 2014, p. 101). La técnica jurídica es “un trabajo de orden lógico que parte del supuesto de que las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual y que aparecen expresadas en términos conceptuales” (Ramos, 2014, p. 100).

En la presente investigación, se utilizó este método; específicamente, en la elaboración conceptual, definitoria y relacional de los términos e instituciones jurídicas de los capítulos I y II del marco teórico. Así, a través de la técnica jurídica, fue posible definir el contenido y alcance de los derechos supraindividuales de los consumidores, tutela preventiva, técnicas para la tutela preventiva, procedimiento colectivo, etcétera.

b. Método sociológico y funcional

El método sociológico “permite investigar las implicancias de la aplicación de las normas jurídicas en la vida social, como mecanismo de regulación y control de las acciones sociales, en las relaciones intersubjetivas” (Aranzamendi, 2015, p. 258). En este sentido, “si no lograra su cometido en la vida social y las expectativas de comportamiento previstas en las normas jurídicas, entonces el Derecho no habrá cumplido con su misión” (Aranzamendi, 2015, p. 258).

Una investigación jurídica que opte por el método sociológico “partirá siempre del trato directo con la realidad concreta, que es materia de sus análisis, hasta lograr una generalización” (Ramos, 2014, p. 104). Así, “no se conoce la realidad ni del presente ni del pasado a través de la ley, sino a través de manifestaciones vivas como los expedientes judiciales, las escrituras públicas, los testamentos, las sentencias, etc.” (Ramos, 2014, p. 107).

En esta investigación, se utilizó fundamentalmente este método. De forma relevante, se utilizó para investigar el sentido y aplicación de las normas contenidas en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor que atañen al procedimiento colectivo. Su desenvolvimiento se puede verificar en el análisis de los expedientes y resoluciones del Indecopi (capítulo III del marco teórico).

3.3 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

3.3.1 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN – ACCIÓN

En una investigación de enfoque cualitativo, el término diseño adquiere otro significado. Se refiere al abordaje general, aproximación, marco interpretativo o estrategia de indagación. El diseño depende del planteamiento del problema (Hernández *et al*, 2014, p. 470).

El diseño de investigación-acción parte de problemas de un grupo o comunidad que necesitan resolverse. Se obtiene un diagnóstico del problema y un proyecto para resolverlo (Hernández *et al*, 2014, pp. 471 y 472).

En la presente investigación, se implementó el diseño de investigación-acción. Esto porque el abordaje o aproximación partió del problema de la inaplicación de técnicas procesales adecuadas en beneficio de derechos supraindividuales de los consumidores. Mediante esta investigación se buscó obtener un diagnóstico real de campo y, solo entonces, se recomendó el proyecto de modificación normativa.

3.3.2 DISEÑO DESCRIPTIVO

Por el diseño descriptivo “la investigación consiste en describir las partes o los rasgos de fenómenos fácticos o formales del Derecho” (Aranzamendi, 2015, p. 243). Las fases son a) la observación, b) selección de rasgos más característicos, c) orden de rasgos mediante criterios metódicos y d) redacción de lo observado y analizado (Aranzamendi, 2015, p. 243).

En la presente tesis, se implementó este diseño al inicio en tanto supone hacer el diagnóstico del problema. Para esto, fue necesario describir la forma de regulación de los procedimientos colectivos en el marco del Código del Consumidor peruano. Posteriormente, se describió el desarrollo de los procedimientos colectivos mediante la observación de expedientes y decisiones de los órganos resolutivos del Indecopi.

3.3.3 DISEÑO PROPOSITIVO

El diseño propositivo, en una investigación jurídica, permite analizar la ausencia de una norma jurídica o cuestionar la existente para proponer una, o la derogación o reforma. Generalmente, las investigaciones basadas en este diseño, culminan con propuestas legislativas (Aranzamendi, 2015, p. 246).

En la presente investigación, se implementará el diseño propositivo. Esto porque después de la descripción legal y fáctica de los procedimientos colectivos de tutela preventiva a los intereses de los consumidores (marco teórico), el diagnóstico sitúa el problema también en los textos normativos disponible. Por tanto, se realizará la propuesta de modificación normativa en el apartado de *recomendaciones*.

M → O → P

Donde: M = Muestra, O = Observación de variables y P = Propuesta normativa elaborada por el tesista.

3.4 POBLACIÓN MUESTRAL

3.4.1 MUESTRA TEÓRICA O CONCEPTUAL

Se dice que no hay parámetros definidos sobre el tamaño de la muestra. La decisión es del investigador así como de los factores de a) capacidad operativa de recolección y análisis, b) entendimiento y c) naturaleza del fenómeno (Hernández *et al*, 2014, pp. 384 y 385). Si el tipo de investigación es de *estudio de casos* se recomienda de seis a 10 aunque si son de profundidad, tres a cinco (Hernández *et al*, 2014, p. 385).

En el enfoque cualitativo, los tipos de muestras son no probabilísticas. Las *muestras teóricas o conceptuales* sirven al investigador cuando “necesita entender un concepto o teoría, puede muestrear casos que le sirvan para este fin” (Hernández *et al*, 2014, p. 389).

En la presente investigación, se analizaron expedientes a profundidad; por tanto, acumuló un tamaño de cinco (5) expedientes desde el inicio hasta la decisión de primer grado como mínimo (y de forma complementaria algunos tuvieron decisión la decisión de segundo grado). Este tipo de muestra es teórica en tanto se sometió a prueba el marco teórico doctrinal de la tutela preventiva en los procedimientos colectivos ante el Indecopi y las técnicas para su consecución como la anticipación de tutela y medidas coercitivas. Así también, estuvo engarzada con la muestra por conveniencia para los casos intencionados que fueron objeto de análisis.

Universo: Procedimientos colectivos a nivel nacional e internacional sobre derechos supraindividuales –difuso y colectivo– de los consumidores.

Población: Procedimientos colectivos a nivel nacional tramitados por el Indecopi sobre tutela preventiva de derechos supraindividuales –difuso y colectivo– de los consumidores, de los años 2018-2020.

Muestra: Cinco (5) expedientes tramitados ante el Indecopi por denuncia de la Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Ancash (Acurea) sobre tutela preventiva de derechos supraindividuales –difuso y colectivo– de los consumidores, de los años 2018-2020:

- (i) Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 sede central del Indecopi (2018).
Expediente n.º 662-2018/CC2 (Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Áncash vs. Blue Marlin Beach Club S.A.).
- (ii) Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Áncash sede Chimbote (2018).
Expediente n.º 48-2018/CPC-INDECOPI-CHT (Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Áncash vs. Juana Marleni Vigo Cruz).
- (iii) Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 sede central del Indecopi (2019).
Expediente n.º 991-2019/CC2 (Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Áncash vs. Romovi S.A.C. y Supermercados Peruanos S.A.).
- (iv) Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 sede central del Indecopi (2019).
Expediente n.º 1302-2019/CC2 (Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Áncash vs. Mercadolibre Perú S.R.L.).
- (v) Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Áncash sede Chimbote (2020).
Expediente n.º 13-2020/CPC-INDECOPI-ANC (Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Áncash vs. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo).

3.5 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.5.1 TÉCNICAS

a. Fichaje

La técnica del fichaje “fomenta[] la recolección sistemática de la información; facilitan la acumulación de material disperso en enciclopedias, libros y revistas especializadas” (Ramos, 2014, p. 192). Su conveniencia radica en acopiar información por los criterios de selección y síntesis (Ramos, 2014, p. 192).

En la presente tesis, se empleó la técnica del fichaje para estructurar la forma y contenido del marco teórico. En este sentido, se recolectó datos de libros, artículos de libros colectivos, artículos de revistas, leyes, reglamentos, modelos normativos y otros documentos.

b. Anotaciones o notas de campo

Esta técnica consiste en “llevar registros y elaborar anotaciones durante los eventos o sucesos vinculados con el planteamiento” (Hernández *et al*, 2014, p. 370). Pueden ser de estas clases: a) anotaciones de observación directa, b) anotaciones interpretativas, c) anotaciones temáticas, d) anotaciones temáticas y e) anotaciones personales (Hernández *et al*, 2014, pp. 371-373).

En la presente tesis, se empleó esta técnica. Como quiera que sea, los actos procesales quedan registrados en los expedientes, por lo cual no hace falta hacer anotaciones de observación directa; sin embargo, sí es necesario realizar las anotaciones interpretativas, temáticas y personales. Estas se realizaron en su debida oportunidad y posteriormente se trasladaron en el capítulo III, resultados y discusión de resultados.

c. Estudio de casos a través de la observación

La esencia del estudio de casos para el Derecho “radica en un profundo y minucioso análisis de una unidad jurídica única” (Aranzamendi, 2015, p. 300). En este sentido, “nos permite la plena comprensión del caso o fenómeno jurídico estudiado; es descriptivo (...) [e] inductivo (...)” (Aranzamendi, 2015, p. 300).

En el enfoque cualitativo, el investigador debe estar entrenado para observar y no solo ver; no se limita al sentido de la vista sino a todos los sentidos. Esto implica explorar y describir ambientes, comprender procesos, identificar problemas y generar hipótesis para futuros estudios (Hernández *et al*, 2014, p. 399).

En la presente tesis, esta técnica se empleó fundamentalmente para el estudio de casos o expedientes tramitados ante el Indecopi. Esto quedó plasmado prístinamente en el capítulo III, luego en los resultados y discusión de resultados. No obstante, en el capítulo II del marco teórico se citaron resoluciones relevantes del Indecopi que si bien no son expedientes sí son parte constituyente de ellos.

3.5.2 INSTRUMENTOS

a. Fichas

Las fichas son “unidades de información que se trasladan a tarjetas rayadas, de formato uniforme, en las que se almacenan los datos de una manera organizada” (Ramos, 2014, p. 192).

En la presente tesis, se utilizó este instrumento. Debe entenderse que la ficha no solo fue física sino electrónica que implicó registrar citas textuales en el programa Word. Se utilizó con frecuencia en los capítulos I y II del marco teórico.

b. Diario o bitácora de campo

La bitácora de campo es “una especie de diario personal” (Hernández *et al*, 2014, p. 373). Además, se incluyen descripciones del ambiente, mapas, diagramas, listado de objetos y aspectos del desarrollo de la investigación (Hernández *et al*, 2014, p. 374).

En la presente tesis, también se utilizó este instrumento. Fue, concretamente, un cuaderno anillado de 200 páginas, que posibilitó mantener todas las anotaciones descritas en un solo instrumento en lugar de tenerlas dispersas. Además, se incluyeron diagramas para la comprensión de temas complejos.

3.5.3 FUENTES PRIMARIAS

a. Realidad social

La realidad social está constituida por el fenómeno cultural del procedimiento colectivo tramitado ante el Indecopi. Estos sirven para componer controversias de alcance masivo (consumidores y usuarios).

b. Observación directa

El tesista obtuvo información de los expedientes como parte procesal en los procedimientos colectivos de muestra, en tanto tuvo la representación legal (inscrita en la Sunarp) de la Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Ancash (Acurea). Por tanto, la observación fue de forma directa.

3.5.4 FUENTES SECUNDARIAS

Las fuentes secundarias “tienen que ver respecto a cualquier medio de prueba que se relaciona con aspectos circunstanciales más que con un hecho principal, como el caso de las fuentes documentales o la literatura que analizan la temática en forma selectiva y relevante” (Aranzamendi, 2015, p. 294).

En la presente tesis, las fuentes secundarias la constituyeron los documentos que sí desarrollaron un modelo de procedimiento colectivo. Concretamente, fueron fuentes secundarias el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y los diversos documentos emitidos por Indecopi sobre el rol de las asociaciones de consumidores.

3.6 TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

3.6.1 ANÁLISIS Y REFLEXIONES SOBRE EL CONTENIDO INICIAL RECOLECTADO

Esta técnica fue útil para el análisis del contenido inicial. De los materiales bibliográficos recolectados, se realizó el análisis de las instituciones jurídicas teóricas que regulan e instituyen el procedimiento colectivo. Así, se clasificó y estableció categorías y relaciones. Además, se pudo realizar interpretaciones (académicas) de los textos normativos contenidos en el Código del Consumidor.

3.6.2 ANÁLISIS Y REFLEXIONES DURANTE EL DESARROLLO DE LOS PROCEDIMIENTOS COLECTIVOS

Esta técnica fue útil para el análisis inicial, intermedio y final de los procedimientos colectivos. De la observación inicial, se conocieron los hechos materiales del caso y luego cómo se inició un procedimiento colectivo en el marco de las normas contenidas en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor. Posteriormente, fue útil en la medida que se analizó si las técnicas del procedimiento colectivo satisfacen las necesidades de la tutela preventiva hacia los derechos supraindividuales de los consumidores.

3.6.3 BITÁCORA DE ANÁLISIS

En la bitácora de análisis, se registrarán los análisis por escrito. Aquí, se utilizarán las siguientes técnicas:

- (i) Técnica para generar categorías. Consiste en anotar temas vinculados al planteamiento detectado en la observación y documentos y luego establecer cuales son comunes y distintos para el agrupamiento (Hernández, R. *et al*, 2014, p. 436). En la tesis, se utilizó con más énfasis para categorizar los diversos tipos de tutela, p. ej., tutela preventiva, tutela inhibitoria, tutela de remoción, etcétera.
- (ii) Técnica de procesamiento de corte y clasificación. Consiste “en identificar expresiones, pasajes o segmentos que parecen importantes para el planteamiento y luego juntarlos conceptualmente” (Hernández, R. *et al*, 2014, p. 439). En la tesis, se utilizó para juntar los argumentos de la doctrina que propugna la tutela del conjunto y grupo de consumidores a través de técnicas procesales preventivas (no resarcitorias).

3.7 PROCESAMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

El procedimiento para la recolección de datos se ha realizado en tres etapas:

En la primera etapa, se revisaron los antecedentes del problema en el repositorio de tesis de la Sunedu. Así también, se revisaron libros, artículos en libros colectivos y artículos de revistas en bibliotecas de la ciudad de Chiclayo, repositorios académicos y sitios web especializados. También, se recolectaron resoluciones del Indecopi atinentes al objeto de estudio. Aquí, se utilizaron las técnicas e instrumentos de fichaje y ficha respectivamente en cuanto a los capítulos I y II del marco teórico de la presente tesis.

En la segunda etapa, se siguió el desarrollo de los procedimientos colectivos mediante la observación indirecta de los expedientes de muestra tramitados ante el Indecopi para conocer el efecto de la inaplicación de técnicas procesales adecuadas. Los falsos expedientes obran en poder de la asociación de consumidores Acurea que está ubicada en la ciudad de Chiclayo y a la cual el tesista fue su representante legal. Aquí, se utilizaron las técnicas de

anotaciones de campo y estudio de casos, además los instrumentos de bitácora y guía de análisis.

Finalmente, en la tercera etapa, se agregó material bibliográfico para contrastar la recolección inicial y fortalecer el marco teórico de los capítulos I y II. Se utilizaron las mismas técnicas e instrumentos. Asimismo, se obtuvo mayores datos y análisis de los expedientes de muestra en esta última etapa. Por tanto, el procedimiento, en esta etapa, buscó ser complementario y simbiótico.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1 RESULTADO N.º 1 Y DISCUSIÓN

Resultado n.º 1

En cuatro de los cinco procedimientos colectivos evaluados, se verifica que los órganos resolutorios de primer y segundo grado del Indecopi inaplicaron las técnicas procesales de anticipación de tutela y multas coercitivas.

Discusión del resultado n.º 1

Se han evaluado las decisiones de la Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 y Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Ancash sede Chimbote (órganos resolutorios de primer grado) sobre solicitudes de anticipación de tutela en los procedimientos colectivos sustanciados en los expedientes 662-2018/CC2, 48-2018/CPC-INDECOPI-CHT, 991-2019/CC2, 1302-2019/CC2 y 13-2020/CPC-INDECOPI-ANC. En apelación, se han evaluado las decisiones de la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante la Sala). Así también, se han evaluado los plazos, calificación del derecho supraindividual, la tutela preventiva, el ejercicio del derecho de defensa, etc.

En los expedientes 662-2018/CC2, 48-2018/CPC-INDECOPI-CHT, 1302-2019/CC2 y 13-2020/CPC-INDECOPI-ANC, los órganos resolutorios de primer grado denegaron la solicitud de medidas de anticipación de tutela. Específicamente, en los expedientes 662-2018/CC2 y 13-2020/CPC-INDECOPI-ANC, la razón expuesta fue la sustracción de la materia; mientras que, en los expedientes 48-2018/CPC-INDECOPI-CHT y 1302-2019/CC2, las razones expuestas fueron que no se acreditó la verosimilitud –probabilidad– del acto ilícito y peligro en la demora respectivamente.

Únicamente, en el expediente 991-2019/CC2, el órgano resolutorio de primer grado otorgó la medida de anticipación de tutela. En apelación, el órgano resolutorio de segundo grado

confirmó la decisión. La razón fue que se acreditó los presupuestos de verosimilitud del acto ilícito y peligro en la demora, además que la Sala adecuó la medida solicitada de forma proporcional a los hechos.

Si bien la discusión se debería centrar exclusivamente en las decisiones denegatorias, se ha advertido que en la única decisión que concede la medida también se ha incurrido en un error mayúsculo. De allí que la crítica no se ciñe a la parte decisoria sino en los fundamentos expuestos por los órganos resolutiveos. Básicamente, los órganos resolutiveos desconocen la teoría de los derechos supraindividuales y teoría de las técnicas procesales que posibilitan la tutela preventiva; además, en su actividad, no se advierten los efectos de la constitucionalización (Favoreu, 1996, pp. 39-43).

Resulta errónea la invocación de la sustracción de materia para denegar las solicitudes de medidas anticipatorias de tutela en dos procedimientos, en tanto la decisión de primer grado no adquiere firmeza y está sujeta a apelación. No encaja en la definición de sustracción de la materia consistente en que el actor –la asociación legitimada– haya obtenido tutela extraprocesalmente o devenga en imposible de obtener (Ariano, 2012, p. 146). Incluso, la Sala, en grado de apelación, revocó una de las decisiones y ordenó nuevo pronunciamiento (Resolución n.º 293-2021/SPC-INDECOPI).

También, resulta cuestionable la denegación de una solicitud de medida anticipatoria en donde el órgano resolutiveo se abstuvo de evaluar los medios probatorios obrantes, manifestando su insuficiencia. No se motiva la decisión pues no se extrajo las inferencias probatorias de los –pocos o muchos– elementos probatorios disponibles en autos. Además, se yerra al otorgar importancia a la cantidad de elementos probatorios en un juicio de cognición sumaria como la anticipación de tutela (Mitidiero, 2018, p. 209).

El hallazgo más cuestionable es la denegatoria de medidas anticipatorias de tutela por una concepción resarcitoria del presupuesto del peligro en la demora. Para la Sala, se acredita este presupuesto evaluando conjuntamente (a) la posibilidad de que se cauce algún *daño* y (b) que dicho daño se torne en *irreparable*. En oposición, el elemento del daño solo es indispensable para obligaciones de resarcimiento (Marinoni, 2016, p. 347). A criterio de la Sala, no vale la pena el dictado de las medidas de anticipación de tutela si la reparación es posible. Finalmente, los derechos supraindividuales no pueden resarcirse, lo que implica la confusión con los derechos individuales homogéneos (Corominas, 2015).

Por lo expuesto, los órganos resolutivos del Indecopi deniegan tendencial y mayoritariamente las solicitudes de anticipación de tutela y medidas coercitivas a través de fundamentos errados. Estas decisiones denegatorias constituyen la inaplicación de técnicas procesales. En consecuencia, impiden la tutela preventiva de los dos tipos de derechos supraindividuales de grupos y conjuntos de consumidores y usuarios.

De otro lado, se ha concebido el dogma de que, para la decisión sobre medidas propiamente cautelares, no se debe correr traslado a la otra parte y, por ende, no escucharla (*inaudita altera pars*). El fundamento –discutible– es no alertar y evitar la disposición jurídica de los bienes materiales que servirán para asegurar la pretensión. Desde luego que ese fundamento no tiene cabida para las medidas de anticipación de tutela en tanto no existe riesgo de alertar una posible disposición de bienes. Como se expuso reiteradamente, en los procedimientos colectivos de tutela preventiva, el objeto procesal casi siempre es una orden de hacer, no hacer o dejar de hacer.

Además, del texto del artículo 109 del Código del Consumidor, no se prohíbe a los órganos resolutivos o secretario técnico del Indecopi el poder oír a la otra parte antes del dictado –o denegatoria– de medidas de anticipación de tutela. Sin embargo, el enfoque adecuado no ha de situarse en la falta de una prohibición sino en el deber de promover el ejercicio del

derecho de defensa como una garantía procesal (Pico I Junoy, 1997, p. 10). La Constitución Política del Perú preceptúa como principio y derecho de la función jurisdiccional el “no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso” (art. 139.14).

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se intitula *garantías judiciales* –que incluye el derecho a ser oído–, no debe concluirse que se refiera exclusivamente al proceso judicial sino a todo tipo de proceso. La Corte IDH (2020) ha dicho que cualquier autoridad pública, incluida la administrativa, que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales tiene la obligación de adoptar decisiones con apego a las garantías del artículo 8 de la Convención (fundamento n.º 119). Así, los órganos resolutivos del Indecopi en tanto ejercen funciones materialmente jurisdiccionales deben promover el ejercicio del derecho de defensa antes de la decisión sobre medidas de anticipación de tutela.

4.2 RESULTADO N.º 2 Y DISCUSIÓN

Resultado n.º 2

Únicamente los dos tipos de derechos supraindividuales –difuso y colectivo– del conjunto y grupo de consumidores justifican la tutela preventiva mediante las técnicas procesales de anticipación de tutela y multas coercitivas.

Discusión del resultado n.º 2

Para Pérez (2013), los derechos de tercera generación tienen rasgos diferenciales en tanto son colectivos (pp. 175-183). Primero, tienen como principal valor la solidaridad. Segundo, se presenta la aparición de nuevos instrumentos de tutela para garantizar a través del procedimiento un equilibrio de posiciones –*status activus processualis*–. Tercero, tienen nuevas formas de titularidad, como la legitimación para la defensa de aquellas agresiones a bienes colectivos o intereses difusos.

El derecho es supraindividual porque no es individual, trasciende al individuo, no es una colección de derechos individuales; es irrelevante determinar qué individuos pertenecen al grupo (Gidi, 2004, p. 53). Es de naturaleza indivisible (Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, 2004); por tanto, de imposible individualización (Corominas, 2015, p. 32). El titular del derecho supraindividual es el grupo o conjunto, no sus miembros (Didier y Zaneti, 2019, p. 48).

Los derechos supraindividuales se pueden clasificar en dos: derecho difuso y derecho colectivo.

En primer lugar, se ha definido que el derecho difuso es aquel “de naturaleza indivisible, de titularidad de un conjunto de personas de difícil individualización y vinculadas por circunstancias de hecho contingentes” (Grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil, 2018, art. 841.1). Se advierten los elementos de (a) *indivisibilidad* del derecho, (b) titularidad del conjunto de personas y (c) que el conjunto de personas están vinculadas de *hecho*. Se deja constancia de que el conjunto de personas es de difícil individualización y no de imposible determinación.

En segundo lugar, se ha definido que el derecho colectivo es aquel “de naturaleza indivisible, de titularidad de un grupo, categoría o colectividad de personas vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común” (Grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil, 2018, art. 841.2). Se advierten los elementos de (a) *indivisibilidad* del derecho, (b) titularidad del grupo y (c) que el grupo de personas están vinculadas *jurídicamente* de forma previa entre sí o con la parte contraria. Los miembros del grupo están determinados o son determinables.

Sin embargo, la actual regulación de ambos tipos de derechos supraindividuales contenida en el artículo 128, literales a. y b. del Código del Consumidor resulta errónea, cuyo texto es el siguiente:

- a. Interés colectivo de los consumidores.- Son acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores que se encuentren ligados con un proveedor y que pueden ser agrupados dentro de un mismo grupo o clase.
- b. Interés difuso de los consumidores.- Son acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados.

La relevancia de distinguir los derechos supraindividuales de otros derechos consiste en propugnar la tutela más adecuada. El grupo o conjunto de consumidores y usuarios preexiste a la producción de la afectación; por lo cual, es una clase potencialmente afectable a partir de determinada conducta que configure un riesgo potencial (Corominas, 2015, p. 35). En este sentido, la tutela de los derechos supraindividuales es eminentemente *preventiva* (específica y oportuna).

La protección o tutela del derecho material se ocupa de la integridad del derecho, no busca dar al perjudicado su equivalente monetario (Marinoni, 2017, p. 21). La tutela diferenciada (preventiva) debe ser excepcional y restringida para derechos de carácter infungible, de contenido no patrimonial, no equivalente en indemnización dado que su violación implica su inexistencia (Sumaria, 2013, p. 227).

La tutela preventiva tiene dos modalidades: La tutela inhibitoria y la tutela de remoción del ilícito. La primera está “destinado a impedir la práctica, la repetición o la continuación de un ilícito” (Marinoni, 2008, pp. 30 y 31). La segunda “se dirige a remover los efectos de una acción ilícita que ya ocurrió” (Marinoni, 2008, p. 54).

Las tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito no son *técnicas procesales* como sí lo son la anticipación de tutela y medidas coercitivas (multa). Las tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito son tutelas materiales. La relación adecuada es que las técnicas procesales posibilitan la tutela inhibitoria y tutela de remoción del ilícito, lo que implica reafirmar la instrumentalidad del proceso.

Un primer tipo de técnica procesal es la *anticipación de tutela*. Esta “se refiere solamente al momento en que la tutela es prestada y al módulo de cognición vinculado a éste” (Mitidiero, 2016, p. 83). La acción inhibitoria y de remoción del ilícito no pueden prescindir de la técnica anticipatoria (Marinoni, 2008, 71).

Un segundo tipo de técnica procesal es la *medida coercitiva*. Esta consiste en el uso de la fuerza del Estado a través de medidas de ejecución forzada. Es de amenaza por cuanto busca constreñir el cumplimiento a través de multas, *astreintes* (Oliveira, 2008, p. 134).

En cambio, para la tutela de derechos individuales homogéneos, otro es el tipo de tutela.

Así, se ha definido que los derechos individuales homogéneos “[s]on aquellos que corresponden a personas titulares de derechos individuales similares y cuya afectación deriva de un hecho común” (Grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil, 2018, art. 841.3). Se advierten los elementos de (a) divisibilidad de los derechos en tanto sus titulares son las personas y (b) la necesaria *afectación* de los derechos proveniente de un hecho común.

La nota definitoria de los derechos individuales homogéneos es la existencia de la afectación de los derechos de los miembros (Corominas, 2015, p. 73). Por esta necesaria afectación no cabe una tutela preventiva sino exclusivamente la tutela como respuesta a la producción del daño (Corominas, 2015, p. 74). En este sentido, la tutela resarcitoria es la adecuada.

En el Código del Consumidor, el legislador no estableció la norma definitoria o constitutiva de los derechos individuales homogéneos a pesar de que también merece tutela colectiva (pero de tipo resarcitoria). No obstante, la omisión en la ley no determina, en absoluto, que no existan derechos individuales afectados por un hecho común. Por tanto, su establecimiento en la ley es justificable.

Finalmente, se debe considerar que una misma acción u omisión ilícitas puede amenazar o afectar, a la misma vez, al derecho difuso, colectivo e individuales homogéneos; entonces ¿cuál sería el criterio para distinguir la especie de derecho en una demanda? (Didier y Zaneti, 2019, p. 108). Se propone unir las ideas Gidi y Nery en el sentido de que el legitimado individualice el *pedido* y la *causa de pedir*, incluidos los hechos –causa de pedir mediata– y el derecho colectivo aplicable –causa de pedir inmediata– (Didier y Zaneti, 2019, p. 108).

4.3 RESULTADO N.º 3 Y DISCUSIÓN

Resultado n.º 3

El objeto del procedimiento colectivo, regulado en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, sí permite la tutela preventiva (inhibitoria y de remoción) en defensa de derechos supraindividuales de grupos y conjuntos de consumidores y usuarios.

Discusión del resultado n.º 3

Como se ha dicho, los dos tipos de tutelas materiales preventivas son la inhibitoria y de remoción. La primera está “destinado a impedir la práctica, la repetición o la continuación de un ilícito” (Marinoni, 2008, pp. 30 y 31). La segunda “se dirige a remover los efectos de una acción ilícita que ya ocurrió” (Marinoni, 2008, p. 54).

Luego, el objeto procesal es el contenido de la decisión solicitada, que puede ser declarativa, constitutiva, de condena o mandamental (Proto, 2018, p. 52; Oliveira, 2008, p. 223). En la tutela de derechos supraindividuales del grupo y conjunto de consumidores, el objeto

procesal lo constituye el contenido de la decisión que el legitimado solicita, casi siempre, relacionadas con órdenes de hacer y no hacer (deshacer), obligaciones infungibles. Específicamente, el objeto procesal estaría prescrito en el artículo 116 del Código del Consumidor, bajo el rótulo de las medidas correctivas complementarias.

En principio, las medidas contenidas en el artículo 116 primer párrafo y literal f del Código del Consumidor encajan, respectivamente, en la tutela preventiva de remoción y tutela preventiva inhibitoria:

- (i) Revertir los efectos de la conducta (art. 116 primer párrafo), y
- (ii) Evitar que la conducta se produzca nuevamente en el futuro (art. 116 literal f).

Primero, el objeto de un procedimiento colectivo consistente en la “reversión de los efectos de la conducta”, tiene como hecho constitutivo una acción instantánea ilícita de efectos permanentes o más de una (*tutela preventiva de remoción*). Segundo, el objeto de un procedimiento colectivo consistente en “evitar que la conducta se produzca nuevamente en el futuro”, tiene como hecho constitutivo una (i) acción instantánea ilícita, (ii) acción continuada ilícita, u (iii) omisión ilícita, o más de una, que han cesado (*tutela preventiva inhibitoria*).

Ya más en profundidad, de una interpretación aislada del primer párrafo y literal f del artículo 116 del Código del Consumidor, no sería posible obtener la inferencia de un procedimiento colectivo que tenga por objeto “cesar una o más acciones permanentes ilícitas u omisiones en curso”. Sin embargo, en la lista abierta de los demás literales del artículo 116 del Código del Consumidor, sí se puede obtener aquella inferencia de modo más que suficiente.

Así también, en interpretación sistemática, la regla del artículo 109 del Código del Consumidor establece que una decisión cautelar –*rectius*: anticipación de tutela– puede

consistir en la “cesación de los actos materia de denuncia” (literal a). En este sentido, si mediante una decisión cautelar –provisional– se pueden cesar acciones ilícitas, *a fortiori* (a mayor razón) mediante la decisión final se podrá cesar aquellas mismas acciones ilícitas. Por tanto, de una interpretación sistemática del Código del Consumidor, se obtiene la inferencia de un procedimiento colectivo que tiene por objeto cesar una o más acciones permanentes ilícitas u omisiones en curso.

4.4 RESULTADO N.º 4 Y DISCUSIÓN

Resultado n.º 4

Las medidas contenidas en las literales a, b, c y d del artículo 109 de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, a pesar de estar rotuladas como cautelares, tienen naturaleza de medidas anticipatorias de tutela.

Discusión del resultado n.º 4

Si bien es cierto el texto del artículo 109 del Código del Consumidor está rotulado como medidas cautelares, esto puede resultar engañoso si se analiza seriamente cada una de las medidas contenidas en dicho artículo. Así,

un día se supuso que todas las decisiones liminares eran cautelares, hoy sin duda es posible afirmar que todas las decisiones liminares son oriundas de la técnica anticipatoria y serán satisfactivas o cautelares conforme al objeto que de ellas se espera frente al derecho material. (Mitidiero, 2016, p. 85)

De entrada, la técnica procesal de anticipación de tutela no se debe confundir con las tutelas materiales a las cuales le es útil, sea a la tutela cautelar o a la tutela satisfactiva. Sin embargo, la confusión incurrida por la generalidad se debe a que en el nuevo tráfico jurídico, p. ej. Derecho de los consumidores, “han surgido nuevas medidas que se caracterizan porque su contenido coincide con la tutela sustantiva que va a pretender el demandante” (Vallespín, 2008, p. 99).

En el párrafo introductorio del artículo 109 del Código del Consumidor, se formula que las medidas cautelares están “destinadas a *asegurar* el cumplimiento de la decisión definitiva” (cursiva añadida). Si esto es así, de forma general, el *aseguramiento* del cumplimiento de la decisión futura sí constituye el objeto de la tutela cautelar.

No obstante, enseguida, las literales a), b), c) y d) del artículo 109 del Código del Consumidor contrastan y difieren con el párrafo introductorio; es decir, no están destinadas al aseguramiento:

- a. La cesación de los actos materia de denuncia.
- b. El comiso, el depósito o la inmovilización de los productos, etiquetas, envases y de cualquier otro bien que sea materia de denuncia.
- c. La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de denuncia.
- d. El cierre temporal del establecimiento del denunciado.

En primer lugar y en general, la cesación de los actos ilícitos denunciados (art. 109 literal a) implica la orden de dejar de hacer –deshacer– de la acción permanente ilícita que se lleva a cabo hasta el tiempo presente; así también, implica la orden de hacer ante la omisión permanente.⁷⁹ Así, el objeto *no* es asegurar la eficacia de la ejecución de la decisión final, sino la vigencia y satisfacción del derecho supraindividual amenazado o afectado –en sentido lato–. No resulta extraña la observación de que tales órdenes sean idénticas a las pretendidas por el legitimado en el procedimiento principal.

⁷⁹ La Ley 1/2000 Ley de Enjuiciamiento Civil de España contiene un tipo de medida cautelar específica en este sentido: “La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo” (art. 727.7). La profesora Ariza (2012) concuerda con Díez-Picazo Giménez cuando dice que esta medida no tiene un mero contenido de aseguramiento sino que es anticipatoria ya que el contenido es el mismo que pretende el actor; no obstante, puntualiza que es provisional y temporal (p. 191).

En segundo lugar, es lógico que las decisiones de comiso, depósito e inmovilización de productos y etiquetas (art. 109 literal b) son especies de órdenes de cesación (literal a). Esto porque tiene por objeto *cesar* acciones permanentes ilícitas como la venta de mercadería y envases (por omisión de información, no idóneos o riesgo a la seguridad), o exhibición de envolturas o etiquetas de productos. En este sentido, no aseguran el cumplimiento de la decisión final sino que satisface la alteridad del derecho supraindividual de los consumidores. De allí, que se asemejen a la medida correctiva complementaria contenida en el literal c) del artículo 116 del Código del Consumidor.

En tercer lugar, la orden dirigida hacia las autoridades aduaneras para que adopten medidas necesarias que *impidan* el ingreso al país de productos objeto de denuncia (art. 109 literal c), también implica la alteridad del derecho supraindividual de los consumidores ante alguna amenaza cierta e inminente. Si tales productos ni siquiera pueden ingresar al país, entonces no habrá posibilidad de que sean comercializados al grupo de consumidores, por lo que se neutraliza la amenaza de un acto ilícito, a la vez que inédito. En este sentido, esta orden no tiene por objeto asegurar la ejecución de una futura decisión final sino que satisface al derecho supraindividual *ex nunc* (desde ahora).

En cuarto lugar, la orden del cierre temporal del establecimiento del proveedor denunciado (art. 109 literal d), también es una especie de orden de cesación; específicamente, es un dejar de hacer. No solo se refiere a establecimientos que expenden productos (p. ej. alimentos y bebidas), sino a la prestación de servicios (p. ej. educativos). De este modo, desde el momento del cierre del establecimiento, por más temporal que sea, implica la satisfacción del derecho supraindividual del grupo de consumidores y usuarios. Por tanto, su finalidad no es asegurativa sino satisfactiva.

Del análisis expuesto, las órdenes o medidas contenidas en las literales a), b), c) y d) del artículo 109 del Código del Consumidor, no tienen por objeto asegurar el cumplimiento de

la decisión final sino la satisfacción material del derecho supraindividual, a través de una verdadera tutela preventiva (inhibitoria satisfactiva). Sin embargo, no se puede afirmar que sean idénticas a las pretensiones principales del legitimado; de hecho, cada una tiene carácter temporal, provisional, condicional y variable (caracteres que sí comparte con la tutela cautelar). A propósito, sirve revisar la normativa procesal aplicable por supletoriedad.

En efecto, la norma contenida en el artículo 157.2 del TUO de la Ley 27444 establece que las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el desarrollo del procedimiento, de oficio a solicitud de parte; la justificación yace en las circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción. Así también, la norma contenida en el artículo 157.3 del TUO de la Ley 27444 preceptúa que las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento.

En aplicación supletoria del Código Procesal Civil, “toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable” (art. 612). En esta línea, tanto el titular de la medida como la parte afectada pueden solicitar su variación en cualquier estado del proceso (art. 617 del Código Procesal Civil). En otra sede, también se predicen las características –no caracteres– de provisional, instrumental, temporal, importa un prejuzgamiento, contingente, mutable –variable y sustituible– y caducable (Guerra, 2016, pp. 75-79).

Pese a la normativa y opinión expuestas, al grupo y conjunto de consumidores más que importarle las características de temporal, provisional, condicional y variable, entenderá que, en la hora presente, su derecho supraindividual está siendo tutelado tempestivamente. El pedido de parte o de oficio que pretenda su modificación, levantamiento o variación debe justificarse suficientemente; incluso, la apelación no suspende los efectos de la orden

cautelar. Por tanto, mientras esté vigente la orden cautelar (anticipación de tutela), el estado de satisfacción del derecho supraindividual es real.

4.5 RESULTADO N.º 5 Y DISCUSIÓN

Resultado n.º 5

De los cinco expedientes analizados, en dos de ellos, se verifica que los órganos resolutivos de primer grado denegaron la solicitud de anticipación de tutela por presunta sustracción de la materia.

Discusión del resultado n.º 5

La sustracción de la materia consiste en la “desaparición de los supuestos fácticos o jurídicos que sustentan una acción jurisdiccional o administrativa, lo que impide al juez pronunciarse sobre el mérito de lo pedido” (Diccionario panhispánico del español jurídico). De forma más específica, se presentaría la sustracción de la materia “de un proceso pendiente cuando por hechos sobrevenidos al planteamiento de la demanda (en rigor, a la notificación de la demanda) el actor obtiene extraprocesalmente lo que pretendía o cuando lo que pretendía ha devenido ya imposible de obtener” (Ariano, 2012, p. 146).

En los expedientes n.º 662-2018/CC2 y 13-2020/CPC-INDECOPI-ANC, la Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 y la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Ancash sede Chimbote respectivamente, resolvieron que carecía de objeto pronunciarse e improcedente la solicitud cautelar (*rectius*: anticipación de tutela) por sustracción de la materia. La sumaria razón expuesta, en ambos expedientes, es que ya se había emitido la decisión de primer grado.

Las decisiones que deniegan la solicitud de medidas anticipatorias de ambos órganos resolutivos de primer grado yerran temerariamente. En principio, no puede sostenerse que la decisión de primer grado constituya un hecho sobrevenido en donde la asociación

legitimada haya obtenido extraprocesalmente lo que pretendía. Esto por la sencilla razón de que la decisión de primer grado no adquiere firmeza en tanto está sujeta a la contingencia de apelación por las partes. Por tanto, los mandatos dictados –medidas correctivas– no gozan de eficacia.

En efecto, tras la apelación de la Acurea en el expediente n.º 13-2020/CPC-INDECOPI-ANC, se ha sentado un criterio relevante al respecto. La Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi (en adelante la Sala), a través de la Resolución n.º 293-2021/SPC-INDECOPI de fecha 9 de febrero de 2021, revocó la decisión de primer grado, declaró procedente y devolvió para un nuevo pronunciamiento, bajo lo siguiente:

- (i) La primera instancia no consideró que, al emitir un pronunciamiento sobre el fondo, únicamente ponía fin a la instancia más no al procedimiento, en la medida que resolución no agotaba la vía administrativa y no tenía la calidad de firme (fundamento n.º 57).
- (ii) Si bien en la decisión de primer grado se dictaron medidas correctivas, no es menos cierto que no pueden exigirse la ejecución de dichos mandatos a la Unasam dado que ambas partes apelaron; por tanto, se suspendían sus efectos (fundamento n.º 64).
- (iii) Se aprecia que Acurea presentó su solicitud cautelar antes de la emisión de la decisión que puso fin a la instancia; por tanto, no era necesario que la Comisión espere hasta la resolución sobre el fondo para recién pronunciarse sobre el pedido cautelar, más aún si se invocaba la urgente necesidad de una tutela preventiva (fundamento n.º 65)

No se puede estar más de acuerdo con los fundamentos de la Sala. Sin embargo, el extremo de la decisión de devolver el expediente para un nuevo pronunciamiento por la Comisión, tributa en el peligro de la demora, en su vertiente del peligro en la tardanza (Calamandrei citado por Proto, 2018, pp. 645 y 646). La Sala contaba, en autos, con los elementos

probatorios suficientes para emitir una decisión sobre el fondo pero no lo hizo. Así, una vez más, se verifica la inaplicación de técnicas adecuadas *oportunas* para la tutela preventiva de derechos supraindividuales.

4.6 RESULTADO N.º 6 Y DISCUSIÓN

Resultado n.º 6

De los cinco expedientes analizados, en uno de ellos, se verifica que el órgano resolutorio de primer grado del Indecopi omitió motivar su decisión respecto al presupuesto de la verosimilitud –probabilidad– de la acción ilícita y denegó la medida anticipatoria de tutela.

Discusión del resultado n.º 6

La premisa básica es que el juzgador debe motivar –argumentar– racionalmente el cumplimiento de cada uno de los presupuestos. Si, en la decisión que anticipa la tutela, el juzgador debe indicar, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento (art. 5, pár. 2 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica); entonces, *a pari*, en la decisión que la deniega el juez también debe indicar, de modo claro y preciso, las razones. Esto como correlato de las garantías procesales (Comoglio, 2016) instituidas en la Constitución cuyas disposiciones son efectivas: constitucionlización-juridización (Favoreu, 1966, p. 39).

Respecto del presupuesto de la verosimilitud, en la presente tesis, se prefiere la categoría de la probabilidad –verdad como correspondencia con la realidad concreta– y no de verosimilitud –verdad como aquello que normalmente acontece de forma general– (Mitidiero, 2018, pp. 207-209). Para el cumplimiento del presupuesto de la probabilidad de las acciones ilícitas instantáneas, se requiere –valga la redundancia– la probabilidad de que dichas acciones hayan ocurrido (Marinoni, 2017, p. 45) y el temor de que se repitan.

La probabilidad de las –hipotéticas– acciones ilícitas “se apoya en su conexión lógica con las pruebas a través de reglas (causales) generales, y mide el grado de apoyo (inductivo) que las pruebas proporcionan a la hipótesis” (Gascón, 2010, p. 155). Como premisas, (a) la hipótesis debe ser adecuadamente formulada y (b) los elementos probatorios deben ser individualizados analíticamente (Mitidiero, 2018, p. 214). Luego, para medir el grado de probabilidad de la hipótesis, se le somete al procedimiento de comprobación a través de la (a) confirmación y (b) no refutación (Gascón, 2010, pp. 160-163), con reglas adecuadas para juicio de cognición sumaria de la anticipación de tutela.

En el expediente n.º 48-2018/CPC-INDECOPI-CHT, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Ancash sede Chimbote resolvió (en adelante, la Comisión) denegar la solicitud de anticipación de tutela por los siguientes fundamentos:

- (i) Se verificó que Acurea adquirió un saco del producto de sal del establecimiento de la señora Vigo por el importe de S/ 23.00 y, además, adquirió dos envases del producto de sal de Hipermercados Tottus; sin embargo, la sola presentación de dichos productos no es suficiente para determinar las infracciones (fundamento n.º 11).
- (ii) En ese sentido, en esta etapa del procedimiento, no es posible contar con elementos probatorios suficientes para generar verosimilitud de las infracciones (fundamento n.º 12).

Sin ningún orden esquemático, la Comisión se limitó a enunciar hipótesis no problemáticas como las dos compras. Así, no era problemático si los productos de sal presuntamente adulterados fueron adquiridos o no en el establecimiento de la señora Vigo, lo cual fue corroborado en la diligencia de inspección realizada antes de la denegatoria de la solicitud de anticipación de tutela. Tampoco era problemático si los otros productos de sal

presuntamente originales fueron adquiridos en un supermercado (utilizables como términos de comparación).

Paradójicamente, la Comisión omitió motivar los indicadores relevantes que se refieren a la hipótesis, a pesar de que la Acurea sí los fundamentó. En ninguna parte, la Comisión comparó el tipo de corte de los envases (recto en el adulterado y dentado en el original), serigrafía de las fechas de lote y vencimiento (borrosa en el adulterado y nítida en el original), y su contenido (cuarteado en el adulterado y de textura normal en el original). De aquí, se infiere la carencia de algún procedimiento de comprobación de la hipótesis y de no refutación (Gascón, 2010, pp. 160-163) en cognición sumaria (Mitidiero, 2018, p. 209).

Finalmente, la Comisión manifestó una insuficiencia de la *cantidad* de elementos probatorios para arribar a la verosimilitud (probabilidad) de la acción ilícita. El grado de probabilidad de una hipótesis en un juicio sumario –como la anticipación de tutela– no debe ser mayor (o menor) según la cantidad y variedad de pruebas (lo que sí debe ser para el juicio final según Gascón, 2010, pp. 160-163). De aquí, que en opinión del tesista, la Comisión se equivoca al pretender una mayor cantidad, propio de juicios definitivos y no del sumario. Por tanto, correspondía realizar un juicio de probabilidad con lo que obraba en el expediente (cognición sumaria).

4.7 RESULTADO N.º 7 Y DISCUSIÓN

Resultado n.º 7

De los cinco expedientes analizados, en dos de ellos, se verifica que los órganos resolutivos de primer y segundo grado del Indecopi evalúan el presupuesto del peligro en la demora vinculándolo al daño y su irreparabilidad, y denegaron la medida anticipatoria de tutela.

Discusión del resultado n.º 7

En la presente tesis, se asume la distinción entre las dos especies de *periculum in mora* evidenciada por Calamandrei: (i) peligro de infructuosidad y (ii) peligro de tardanza (Proto, 2018, pp. 645 y 646). El primero hace referencia al peligro que durante el desarrollo del proceso sobrevengan hechos que tornen imposible o difícil la actuación de la sentencia, p. ej. el peligro de disposición material y jurídica. El segundo hace referencia al peligro de prolongación en el tiempo del estado de insatisfacción del derecho por la duración del proceso, p. ej. la insatisfacción de derechos materiales.

Específicamente, para esta tesis, importa el peligro de la *tardanza*. Aquí, se relacionan los factores del (a) estado de insatisfacción del derecho supraindividual (Berizonce, 2008, p. 313) y (b) lapso contable desde la interposición del acto postulatorio hasta la ejecución de la decisión final (duración del proceso). Ambos factores se ubican en un mismo plano temporal, del cual deriva la prolongación del estado de insatisfacción. Por tanto, para la fundabilidad de este presupuesto, se debe evaluar el prolongamiento del estado de insatisfacción durante el curso del procedimiento (daño marginal).

En los expedientes n.º 991-2019/CC2 y 1302-2019/CC2, se ha verificado que los órganos resolutivos de primer y segundo grado del Indecopi evalúan el presupuesto del peligro en la demora vinculándolo al daño y su irreparabilidad. No obstante, en el primer expediente, los órganos resolutivos –de primer y segundo grado– sí otorgaron la solicitud de anticipación de tutela; en cambio, en el segundo, bajo los mismos fundamentos, lo denegaron.

En el expediente n.º 991-2019/CC2, la Comisión de Protección al Consumidor n.º 2, sobre el presupuesto denominado como peligro en la demora, fundamentó que, durante el tiempo que le tome al Colegiado emitir la resolución final sobre el fondo, los consumidores de estos productos podrían verse perjudicados; por lo cual, se acredita el peligro en la demora

(fundamento n.º 27). Así, la Comisión asumió la especie del peligro en la tardanza en el presupuesto del peligro en la demora. Por tanto, se está en conformidad con lo sostenido en la presente tesis.

En grado de apelación, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi (en adelante la Sala), sobre el presupuesto del peligro en la demora, fundamentó lo siguiente:

- (i) Los proveedores permanecen en el mercado; por lo cual, se evidencia la existencia del peligro en la demora pues podría ocasionarse un *daño irreparable* a los consumidores en tanto se perjudicarían con la adquisición y consumo de productos cuyo vencimiento del registro sanitario no pudieron verificar oportunamente (fundamento n.º 51).
- (ii) Resultaría difícil ejecutar algún tipo de reparación en todos los casos –mediante la devolución del dinero por lo vinos– dadas las dificultades probatorias para identificar a los perjudicados, que podrían haber desechado los envases y comprobantes de pago (fundamento n.º 51).

De entrada, se verifica que la Sala evalúa el presupuesto del peligro en la demora con la conjunción de dos factores: (a) posibilidad de que se cauce algún *daño* y (b) que dicho daño se torne en *irreparable*. Estos factores no solo son distintos a los asumidos en la presente tesis sino que la contradicen. Ya se había dicho que los derechos supraindividuales –difuso y colectivo– son inviolables *per se* en tanto derechos humanos y fundamentales. Por tanto, el peligro en la demora no debe tener como eje al daño sino al estado de satisfacción de los derechos supraindividuales (alteridad).

Respecto del factor de la posibilidad de que se cauce algún daño, según la Sala, consistiría en que los consumidores adquieran los vinos con registro sanitario vencido en tanto los proveedores continuarán con las ventas. Al respecto, la Sala se equivoca de lugar porque

dicha posibilidad se debió evaluar en el presupuesto de la verosimilitud (probabilidad) de que se *repitan* las acciones ilícitas en el presente y futuro, sin necesidad de aludir al daño. Hecho esto, en el presupuesto del peligro en la demora, debió evaluar si durante la sustanciación del procedimiento se prolongaría el estado de insatisfacción del derecho supraindividual a través de la repetición de las acciones ilícitas.

Respecto del factor de que dicho daño se torne en irreparable, según la Sala, resultaría difícil ejecutar algún tipo de reparación –como la devolución del dinero por los vinos– por las dificultades para identificar a los perjudicados, que podrían haber desechado los envases y comprobantes de pago. Al respecto, el factor de la irreparabilidad del daño eleva, innecesariamente, la dificultad del cumplimiento del presupuesto del peligro en la demora. Así, a criterio de la Sala, se podría constatar el *daño*, pero si existiera un mecanismo reparatorio –como la devolución del dinero–, entonces no vale la pena el dictado de las medidas de anticipación de tutela.

Por lo demás, la identificación de los perjudicados con fines de una plausible reparación guarda afinidad con la tutela de *derechos individuales homogéneos* y no de derechos supraindividuales. En los derechos individuales homogéneos, los titulares son los miembros del grupo y no el grupo; de aquí, se explica que los derechos son divisibles. Su nota definitoria es la existencia de la afectación del grupo; por lo cual, es una clase *necesariamente afectada* (Corominas, 2015, p. 73). Por tanto, no cabe una tutela preventiva sino exclusivamente la tutela como respuesta a la producción del daño (Corominas, 2015, p. 74).

Es cierto que la Sala, en el expediente n.º 991-2019/CC2, declaró el cumplimiento del presupuesto del peligro en demora y de los restantes; por tanto, confirmó el otorgamiento de la solicitud cautelar (*rectius*: anticipación de tutela). No obstante, no se discrepa de su conclusión sino de sus fundamentos equívocos en el presupuesto del peligro en demora. Así,

la Sala, con estos mismos fundamentos (en los cuales incluye los factores del daño y su irreparabilidad), en otro caso merecedor de tutela, podría denegar las medidas anticipatorias de tutela (como se verá en los siguientes párrafos).

En el expediente n.º 1302-2019/CC2, la Comisión de Protección al Consumidor n.º 2, sobre el presupuesto del peligro en la demora, fundamentó lo siguiente para la denegatoria de la solicitud de anticipación de tutela:

- (i) Acurea no ha señalado cuáles serían los presuntos daños irreparables que se generarían a los consumidores y harían que el pronunciamiento de la Comisión devenga en ineficaz (fundamento n.º 26).
- (ii) Si los usuarios de las plataformas advierten afectaciones a sus derechos, tienen expedito su derecho de interponer denuncias (fundamento n.º 27).
- (iii) Citó la Resolución n.º 1816-2017/SPC-INDECOPI emitida por la Sala Especializa en Protección al Consumidor (en adelante la Sala) –en la que resuelve un caso individual– que, a efectos de verificar la existencia del peligro en la demora, se evalúa si la falta de otorgamiento de la medida cautelar solicitada generaría un perjuicio que no pueda ser revertido con las medidas correctivas ordenadas en el pronunciamiento final, pues de no ser así, no habría justificación (fundamento n.º 28).

A diferencia del primer expediente, en este caso, la Comisión ha evaluado el presupuesto del peligro en la demora con la conjunción de dos factores: (a) posibilidad de que se cauce algún daño y (b) que dicho daño se torne en *irreparable*. Ya se ha sostenido *supra* el desacuerdo por tener como eje al daño para el cumplimiento del presupuesto del peligro en la demora cuando debería de corresponder estado de satisfacción de los derechos supraindividuales (alteridad).

Incluso, la Comisión esboza un fundamento que desnaturaliza al derecho colectivo en cuanto a su indivisibilidad. Así, ha dicho que si los usuarios de las plataformas advierten afectaciones a sus derechos, tienen expedito su derecho de interponer denuncias. Se debe descartar este fundamento en tanto lo que pretende la asociación es la tutela del grupo quien es el titular del derecho colectivo (Didier y Zaneti, 2019, p. 48) y no los consumidores y usuarios considerados como simples individuos. El fundamento de la Comisión vacía de contenido la utilidad del procedimiento *colectivo* creado, justamente, para la tutela grupal colectiva y no individual.

En su inconsistencia argumentativa, la Comisión citó una resolución que resulta impertinente por dos razones. En primer lugar, mediante aquella decisión se resolvió un caso individual cuya pretensión fue netamente patrimonial (devolución de dinero). En segundo lugar, los pedidos de anticipación de tutela de Acurea –retiro de cláusulas y abstención de aplicación– sí estaban en sintonía con la cesación de prolongación del estado de insatisfacción de los derechos supraindividuales –difuso y colectivo–, mientras duraba el procedimiento (peligro en la tardanza).

En grado de apelación, la Sala esbozó fundamentos similares a los expuestos en el primer expediente; esto es, la evaluación del presupuesto del peligro en la demora con la conjunción de los factores de la (a) posibilidad de que se cauce algún daño y (b) que dicho daño se torne en *irreparable* (con cita al autor Sartori). Añadió que, en casos anteriores, había ratificado la concesión de medidas cautelares en tanto se probó el “peligro en la demora”, tal como la difícil reparación hacia los consumidores universitarios a quienes se les cobraba más del 50% del valor del pasaje adulto, dada las dificultades probatorias para la identificación de los perjudicados y que podían haber desechado los boletos.

No pasa desapercibido que el trabajo de Sartori (s.f.) se ha constituido como una fuente de autoridad para la Sala. Ciertamente, Sartori (s.f.) ha sostenido que la irreparabilidad del

perjuicio –o la dificultosa reparación– constituye la característica de la medida cautelar innovativa (p. 8). Sin embargo, en ninguna parte del trabajo citado de Sartori, este profundiza sobre las controversias supraindividuales y menos en materia de protección al consumidor; apenas da ejemplos del deudor que puede caer en estado de insolvencia y violencia familiar. Su tesis no podría sostenerse para el caso del derecho supraindividual que no gira en torno a ningún daño y la reparación.

Por su parte, Marinoni (2016) desestima el elemento del daño, el cual solo es indispensable para obligaciones de resarcimiento (p. 347). El resarcimiento en metálico, como forma de tutela de los derechos, no está de acuerdo con los valores del Estado constitucional. El deber estatal exige preocupación de los derechos fundamentales, con la tutela de la *integridad* del derecho del consumidor, a la salud, a la educación, etc. (Marinoni, 2017, p. 23).

Respecto del factor de que dicho daño se torne en irreparable, según la Sala, la aplicación de muchas de las cláusulas abusivas sí podrían resarcirse patrimonialmente. Así, a criterio de la Sala, no vale la pena el dictado de las medidas de anticipación de tutela. Queda, pues, en evidencia una vez más la lógica resarcitoria asumida por la Sala, propia de un Estado protector del mercado y no de ciudadanos (Marinoni, 2017, p. 22).

En el marco teórico, se ha manifestado que el daño es una consecuencia contingente –y no necesaria– del acto ilícito. En la hipótesis del daño, ya no se trataría de un derecho supraindividual –difuso o colectivo– sino de derechos individuales homogéneos de origen común –hecho dañoso– cuyo objeto procesal sería el mandato de la autoridad para el resarcimiento según las particularidades de cada caso. Por tanto, es un sinsentido pretender la anticipación de tutela –preventiva– de aquello que ya se ha dañado.

Finalmente, no resulta extraño el grave equívoco incurrido por la Sala al citar aquellos casos anteriores. Esto porque la identificación de los perjudicados con fines de una plausible

reparación no guarda afinidad con la tutela de derechos supraindividuales sino de derechos individuales homogéneos. En estos, los titulares son los *miembros* del grupo y no el grupo; de aquí, se explica que los derechos son divisibles. Su nota definitoria es la existencia de la afectación del grupo; por lo cual, es una clase *necesariamente afectada* (Corominas, 2015, p. 73). Por tanto, no cabe una tutela preventiva sino exclusivamente la tutela como respuesta a la producción del daño (Corominas, 2015, p. 74).

4.8 RESULTADO N.º 8 Y DISCUSIÓN

Resultado n.º 8

De cinco expedientes analizados, se verifica la ausencia de un plazo en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor para que los órganos resolutivos del Indecopi respondan la solicitud de anticipación de tutela y su apelación de ser el caso, lo cual repercute en el peligro en la demora.

Discusión del resultado n.º 8

Si las técnicas procesales idóneas sirven para la obtención de tutelas materiales, entonces se aproxima al derecho a la duración razonable del proceso (Marinoni, 2016, p. 45). Uno de los destinatarios de tal derecho es el legislador quien está obligado a darle protección en las siguientes dimensiones: (a) Emisión de normas que regulen la práctica de los actos procesales estableciendo plazos, (b) otorgar a las partes medios para controlar la decisiones que violen dicho derecho y (c) ante la violación de tal derecho, debe instituir medios procesales para pretender resarcimiento contra el Estado (Marinoni, 2016, pp. 47-51).

En la Constitución Política del Perú, no aparece textualmente el derecho a la duración razonable del proceso. Sin embargo, está expresamente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.c) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.1) no solo con efectos para el proceso penal sino a todo tipo de proceso o

procedimiento civil, laboral, administrativo, corporativo (Tribunal Constitucional, sentencia recaída en el expediente n.º 295-2012-PHC/TC, fundamento n.º 2). Tal derecho constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso del artículo 139.3 de la Constitución (fundamento n.º 3).

En el actual texto del artículo 109 del Código del Consumidor, rotulado como medidas cautelares (que en realidad constituyen medidas de anticipación de tutela), *no* se ha establecido un plazo cierto. Así, ante una queja por la demora de 5 meses para resolver en grado de apelación la denegatoria de anticipación de tutela, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi (en adelante la Sala), manifestó que contaba con el plazo de 120 días hábiles de conformidad con la décimo cuarta disposición complementaria y final de la Ley 27809 Ley General del Sistema Concursal (Resolución n.º 42-2021/SDC-INDECOPI, fundamento n.º 8).

El fundamento de la Sala es uno de tipo formalista, que se limita a echar mano de una disposición complementaria final de una ley de dudosa supletoriedad. La Sala omitió colocar a la Constitución como la premisa de su razonamiento jurídico, tanto de la defensa efectiva de los consumidores (art. 65) y de la duración razonable (art. 139.3). La constitucionalización del ordenamiento jurídico permite flexibilizar las estructuras del proceso o procedimiento para la satisfacción de derechos materiales (constitucionalización-transformación según Favoreu, 1996, p. 40).

En el capítulo III, se ha verificado que los órganos resolutivos de primer grado del Indecopi han respondido la solicitud de anticipación de tutela en los siguientes tiempos disímiles: 9 meses, y 17, 26, 21 y 12 días hábiles. Estos tiempos se incrementan considerablemente cuando se apela la denegatoria de anticipación de tutela para que la Sala resuelva y esta prolonga 5 meses más la espera, hasta más (Resolución n.º 42-2021/SDC-INDECOPI). Por

lo cual, el legislador debe proteger el derecho a la duración razonable en la dimensión de establecer plazos (Marinoni, 2016, p. 45).

V. CONCLUSIONES

1. Los órganos resolutivos del Indecopi, Comisiones de Protección al Consumidor y Sala Especializada en Protección al Consumidor, deniegan mayoritariamente las solicitudes de anticipación de tutela y medidas coercitivas; esto es, inaplican las técnicas procesales adecuadas. El efecto de esta inaplicación es que se impide la tutela preventiva de los dos tipos de derechos supraindividuales –difuso y colectivo– del conjunto o grupo de consumidores o usuarios.
2. Los dos tipos de derechos supraindividuales, difuso y colectivo, son indivisibles y de titularidad del conjunto y grupo de consumidores que preexisten a las acciones ilícitas (en riesgo potencial). Así, su auténtica tutela es preventiva (tutela inhibitoria y de remoción) a través de las técnicas procesales de anticipación de tutela y medidas coercitivas. Este reconocimiento implica la superación de los criterios vigentes propugnados por los órganos resolutivos del Indecopi que prefieren la tutela resarcitoria.
3. Los derechos individuales homogéneos son divisibles en tanto sus titulares son los miembros (no el grupo) afectados necesariamente por un hecho común. Así, su tutela es resarcitoria y no preventiva, lo cual los diferencia de los derechos supraindividuales. Esta diferenciación es necesaria para las asociaciones y órganos resolutivos del Indecopi al momento de solicitar y conceder tutela, e implica un avance en el Derecho del Consumidor como disciplina material y procesal.
4. Las denominadas medidas correctivas complementarias contenidas en el artículo 116 de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, tienen por objeto revertir los efectos de la acción ilícita, evitar su repetición o cesarla. De este modo, concretizan dos tipos de tutela material preventiva (inhibitoria y de remoción), por lo

cual permiten la defensa de derechos supraindividuales de grupos y conjuntos de consumidores y usuarios. Así, las asociaciones y órganos resolutiveos tienen el desafío de perseguir dicho objeto para la solución de procedimientos colectivos trascendentales en la hora actual.

5. Las medidas contenidas en las literales a, b, c y d del artículo 109 de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, no tienen por objeto asegurar el cumplimiento de la decisión final sino la satisfacción material del derecho supraindividual de forma intempestiva. Así, a pesar de estar denominadas como cautelares; en realidad, constituyen medidas de anticipación de tutela, sin obviar su carácter provisional. El levantamiento de este velo denominativo constituye el punto de quiebre para que los órganos resolutiveos del Indecopi concedan tutela efectiva a las asociaciones en legitimación de los conjuntos y grupos de consumidores.
6. Los órganos resolutiveos de primer grado del Indecopi (Comisiones de Protección al Consumidor) denegaron erradamente las solicitudes de anticipación de tutela por sustracción de la materia. Esto porque la decisión de primer grado no adquiere firmeza en tanto está sujeta a la contingencia de la apelación y las medidas correctivas dictadas no gozan de eficacia. Por tanto, inaplicaron las técnicas procesales adecuadas, lo cual no permite avanzar a la disciplina del Derecho del Consumidor como instrumento de tutela efectiva en favor de conjuntos y grupos de consumidores.
7. El órgano resolutiveo de primer grado denegó erradamente la solicitud de anticipación de tutela. Esto porque omitió motivar el presupuesto de la probabilidad de las acciones ilícitas instantáneas y su repetición, de conformidad con el procedimiento de confirmación y no refutación adecuados a la cognición sumaria. Por tanto, inaplicó la técnica procesal adecuada, lo cual impide el avance del Derecho del Consumidor en tanto evidencia la ausencia de esquemas probatorios pertinentes y vinculantes.

8. Los órganos resolutivos de primer y segundo grado del Indecopi denegaron erradamente la solicitud de anticipación de tutela. La razón es que evaluaron el peligro en la demora con los factores del daño y su irreparabilidad, cuando correspondía evaluar el prolongamiento del estado de insatisfacción por la duración del procedimiento. Por tanto, inaplicaron las técnicas procesales adecuadas, lo que genera un obstáculo para la constitucionalización-transformación del Derecho del Consumidor en donde prime la tutela preventiva y no resarcitoria.
9. Los órganos resolutivos de primer y segundo grado del Indecopi, a partir de la ausencia de plazos determinados en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, prolongan irrazonablemente la resolución de la solicitud de anticipación de tutela y su contingente apelación. Por tanto, a través de técnicas legislativas se debe determinar expresamente los plazos. Esto permitirá restablecer la vigencia efectiva del principio y derecho constitucional de la duración razonable del procedimiento.

VI. RECOMENDACIONES

Se recomienda la modificación de los artículos 109, 128 y 129 de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor y sus modificatorias:

Proyecto de Ley

Sumilla: Ley que modifica los artículos 109, 128 y 129 de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor y sus modificatorias

Datos del autor

El ciudadano del Estado peruano, Hugo Olimpio Carbajal Bazán, en ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa contenido en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y la Ley 26300 Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos propone el siguiente proyecto de ley:

Fórmula legal

El Congreso de la República ha dado la ley siguiente:

Ley que modifica los artículos 109, 128 y 129 de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor

Artículo 1. Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto modificar los artículos 109, 128 y 129 de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor y sus modificatorias, referente a los alcances y presupuestos de las medidas anticipatorias de tutela, procedimiento colectivo y legitimación para obrar activa respectivamente.

Artículo 2. Modificación de los artículos 109, 128 y 129 de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor

Modifíquese los artículos 109, 128 y 129 de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor y sus modificatorias, en los siguientes términos:

“Artículo 109. Medidas de anticipación de tutela

109.1 En cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, el órgano resolutorio competente podrá dictar una o varias medidas anticipatorias de tutela. El secretario técnico también puede dictarlas con cargo a dar cuenta inmediatamente a la Comisión.

109.2 Las medidas de anticipación de tutela tienen por objeto impedir la práctica o repetición de acciones ilícitas, o cesarlas incluso sus efectos; son de carácter provisional. De forma enunciativa, pueden ser las siguientes:

- a) La cesación de los actos materia de denuncia.
- b) El comiso, el depósito o la inmovilización de los productos, etiquetas, envases y de cualquier otro bien que sea materia de denuncia.
- c) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de denuncia.
- d) El cierre temporal del establecimiento del denunciado.

109.3 Para el dictado de la medida anticipatoria de tutela se deben cumplir conjuntamente los siguientes presupuestos:

- a) Probabilidad de la acción ilícita: El órgano resolutorio o secretario técnico calificará previamente la modalidad de acción u omisión y luego la probabilidad de su ilicitud.
- b) Peligro en la demora: El órgano resolutorio o secretario técnico evaluará el peligro de la tardanza como la prolongación del estado de insatisfacción del derecho material invocado, sin necesidad de aludir al daño o su irreparabilidad.
- c) Adecuación de la medida: El órgano resolutorio o secretario técnico podrá ordenar una medida distinta a la solicitada.

109.4 Si es a pedido de parte, el órgano resolutorio o secretario técnico debe notificar a la parte denunciada la solicitud de medidas anticipatorias de tutela para que ejerza su derecho de defensa en el plazo máximo de cinco días hábiles. Si es de oficio, se debe notificar el informe respectivo para el ejercicio del derecho de defensa en el mismo plazo máximo.

109.5 Desde la presentación de la defensa o sin esta, el órgano resolutorio o secretario técnico debe resolver la solicitud de medidas anticipatorias en el plazo máximo de dos días hábiles.

109.6 El recurso de apelación se concede sin efecto suspensivo en el plazo máximo de cinco días hábiles contados desde su presentación o vencimiento, lo que ocurra primero. El órgano resolutorio de segundo grado resuelve el recurso en el plazo máximo de 10 días hábiles con observancia del derecho de defensa.

Artículo 128. Procedimiento colectivo

128.1 Mediante el procedimiento colectivo, el legitimado pretende la tutela de los siguientes derechos:

- a) Derecho difuso: Aquel de naturaleza indivisible, de titularidad de un conjunto de personas expuestas al consumo, vinculadas por circunstancias de hecho contingentes; por tanto, de difícil determinación.
- b) Derecho colectivo: Aquel de naturaleza indivisible, de titularidad de un grupo de consumidores o usuarios vinculadas entre sí o con el proveedor mediante la relación jurídica de consumo; por tanto, determinado o determinable.
- c) Derechos individuales homogéneos: Aquellos derechos de titularidad de consumidores y usuarios necesariamente afectados por un hecho común.

128.2 En un mismo procedimiento colectivo, el legitimado puede pretender la tutela de uno o más de los derechos enunciados en el párrafo precedente. Las pretensiones pueden estar destinadas a prevenir y cesar actos ilícitos y sus efectos, evitar la repetición futura, así como resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas.

Artículo 129. Legitimación en el procedimiento colectivo

129.1 Las asociaciones de consumidores inscritas en el registro del Indecopi están legitimadas para denunciar actos ilícitos y pretender tutela ante la Comisión de Protección al Consumidor y demás órganos funcionales competentes del Indecopi, en defensa de derechos supraindividuales, difuso y colectivo, así como de derechos individuales homogéneos.

129.2 Los órganos funcionales competentes del Indecopi también están legitimados para iniciar de oficio el procedimiento colectivo o continuar cualquier otro en defensa de derechos supraindividuales, difuso y colectivo, así como de derechos individuales homogéneos.”

Exposición de motivos

En primer lugar, respecto de la propuesta de modificación del artículo 109 de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código del Consumidor), se ha mantenido su texto actual en parte, aunque es evidente el cambio de la sumilla: medidas de anticipación de tutela. No obstante, el cambio obedece a que dichas medidas no tenían por objeto asegurar el cumplimiento de la decisión final (cautelar) sino la satisfacción material del derecho supraindividual de forma intempestiva (satisfactiva).

En el numeral 109.2, se consiga el objeto y, enseguida, se deja constancia de su carácter provisional; además, se conserva la lista enunciativa de medidas que encabeza la genérica y fortísima medida de cesación. En el numeral 109.3, se han incorporado los presupuestos para el dictado de las medidas con el contenido necesario cuya carencia producía problemas, sobre todo, en la probabilidad de la acción ilícita y peligro en la demora. Así también, en los siguientes numerales, se plasma la vigencia del derecho de defensa, y se establecen plazos determinados como corolario del principio de duración razonable del procedimiento.

En segundo lugar, respecto de la propuesta de modificación de las normas contenidas en el artículo 128 del Código del Consumidor, se ha modificado completamente el texto actual. Es una verdad de Perogrullo que, mediante el procedimiento colectivo, la asociación legitimada pretenda la tutela de derechos supraindividuales –difuso y colectivo– y derechos individuales homogéneos. Entonces, se ha incorporado esta última categoría que si bien son derechos divisibles, su tutela es colectiva.

Así también, resultaba necesario introducir definiciones normativas que capten las características de aquellos derechos materiales, en tanto el actual texto contiene errores

de incidencia práctica que dificultaban la tutela. En el numeral 128.2, se deja constancia de la posibilidad de pretender tutela de los tres tipos de derechos en un mismo procedimiento, como bien enseña la casuística analizada.

Finalmente, respecto de la propuesta de modificación de las normas contenidas en el artículo 129 del Código del Consumidor, se ha introducido modificaciones como lógica consecuencia de la propuesta de modificación del artículo 128. Así, se conserva la opción legislativa de que las asociaciones de consumidores y órganos funcionales del Indecopi sean las únicas con legitimidad extraordinaria para pretender la tutela de derechos supraindividuales –difuso y colectivo– y, por incorporación, también de los derechos individuales homogéneos.

Impactos en la legislación

La presente propuesta de ley coincide con la de reforma del Código Procesal Civil dada por el Grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil (2018). Así, se ha tenido en consideración la uniformidad de las futuras normas que integrarán el ordenamiento jurídico peruano. Por tanto, el impacto es positivo en referencia con otras normas procesales.

Análisis costo-beneficio

La presente propuesta de ley no producirá gasto al Estado peruano en tanto se optimizará el procedimiento colectivo existente a cargo del Indecopi con sus servidores y funcionarios. Implica eficiencia en la tramitación del procedimiento colectivo con plazos legales establecidos.

Los beneficiados serán los conjuntos y grupos de consumidores y usuarios titulares de derechos supraindividuales de carácter indivisible, así como los consumidores y usuarios titulares de derechos individuales homogéneos, y las asociaciones

legitimadas. Los beneficiados podrán conocer los fundamentos para solicitar una verdadera tutela preventiva mediante el procedimiento colectivo y técnicas procesales como la anticipación de tutela con medidas coercitivas. Los beneficiados también serán los proveedores por cuanto las modificatorias implican un procedimiento más garantista en su favor respecto al ejercicio del derecho de defensa.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

7.1 Libros

Alpa, G. (2017). *¿Qué es el Derecho privado?* (Posmodernidad y Derecho privado, trad. C. Moreno) Puno, Perú: Zela.

Ariza, M. J. (2012). *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*. Pamplona, España: Aranzadi Thomson Reuters.

Aurelio, M. (2014). *Meditaciones*. (3ª ed., trad. A. Guzmán) Madrid, España: Alianza.

Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del Derecho*. Lima, Perú: Palestra.

Chiarloni, S. (2005). *Medidas coercitivas y tutela de los derechos*. (Biblioteca de Derecho procesal n.º 3, trad. A. Zela) Lima, Perú: Palestra.

Clavero, B. (2014). *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. (Colección estructuras y procesos, serie Derecho) Madrid, España: Trotta.

Comoglio, L. (2016) *La garantía constitucional de la acción y el proceso civil* [1970]. (Trad. César Moreno) Lima, Perú: Raguel y Universidad Andina del Cusco.

Couture, E. (1948). *Estudios de Derecho procesal civil*. (Tomo I) Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Didier Jr. F. (2015). *Sobre la teoría general del proceso, esa desconocida*. (Trad. C. Delgado) Lima, Perú: Raguel.

Didier Jr. F. y Zaneti Jr. H. (2019). *Proceso colectivo. Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. (Trads. A. Castillo, C. Moreno, J. Cornielles, J. Pánez y M. Mesa) Lima, Perú: Palestra.

Espinoza, J. (2012). *Derecho de los consumidores*. (2ª ed.) Lima, Perú: Rodhas.

- Ferrer, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. (Colección Derecho & Tribunales n.º 11) Lima, Perú: Grijley.
- García, J. (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. Puno, Perú: Zela.
- Gascón, F. (2010). *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*. Pamplona, España: Civitas Thomson Reuters.
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el Derecho*. (3ª ed.) Madrid, España: Marcial Pons.
- Gidi, A. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos individuales en Brasil: Un modelo para países de derecho civil*. (Trad. L. Cabrera) México D. F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (151). Recuperado el 25 de noviembre de 2018, de www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/ssrn-id903775.pdf
- Guastini, R. (2010). *Lecciones de teoría del Derecho y del Estado*. (Trad. M. Monroy) Lima, Perú: Communitas.
- Guerra, J. M. (2016). *Sistema de protección cautelar. El carácter transversal de la tutela cautelar peruana y su aplicación en los ámbitos del derecho procesal civil, comercial, constitucional, consumidor, arbitral, contencioso administrativo y supranacional*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Hurtado, M. (2006). *Tutela jurisdiccional diferenciada*. (Colección Tesis & Monografías en Derecho n.º 11) Lima, Perú: Palestra.
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2016). *Derecho constitucional económico*. (Colección Lo esencial del Derecho n.º 8) Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

- Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil*. (T. II) Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Marinoni, L. G. (2008). *Tutela específica de los derechos*. (Biblioteca de Derecho procesal n.º 8, trad. A. Zela) Lima, Perú: Palestra.
- Marinoni, L. G. (2016). *Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria*. (Trad. C. Delgado) Lima, Perú: Palestra.
- Merino, R. (2016). *Justicia social y economía en la teoría del Derecho. Las intersecciones entre el Derecho, la economía y la política*. Lima, Perú: Palestra.
- Mezzasoma, L. (2013). *Derecho del consumidor. El consumidor adquirente de inmuebles por construir*. (Trad. W. Vásquez) Lima, Perú: Legales.
- Mitidiero, D. (2016). *La justicia civil en el Estado constitucional. Diálogos para un diagnóstico*. (Colección proceso, Derecho & sociedad n.º 3, Trad. R. Cavani y C. Delgado) Lima, Perú: Palestra.
- Nieto, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador*. (5ª ed.) Madrid, España: Tecnos.
- Oliveira, C. A. A. de (2008). *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*. (Biblioteca de Derecho procesal n.º 10, trad. J. Monroy P.) Lima, Perú: Communitas.
- Parra, M. (2011). *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. (Colección Derecho del consumo) Madrid, España: Reus.
- Picó I Junoy, J. (1997). *Garantías constitucionales del proceso*. Barcelona, España: Boch Editor.

- Pinto, S. (2011). *El consumidor en el Derecho comparado*. (Biblioteca de Derecho comparado y sistemas jurídicos) Lima, Perú: Ara.
- Proto, A. (2014). *Tutela jurisdiccional*. (Colección proceso, Derecho y sociedad; Trads. E. Ariano, H. Campos, R. Cavani, C. Delgado, G. Priori, C. Marinelli & J. Monroy P.) Lima, Perú: Palestra.
- Proto, A. (2018). *Lecciones de Derecho procesal civil*. (Trad. M. Chumberiza) Lima, Perú: Palestra.
- Rodríguez, G. (2019). *Mucho más que palabras bonitas: Economía, instituciones y el impacto del buen Derecho en el enriquecimiento de las naciones*. Lima, Perú: Themis.
- Samuelson, P. & W. Nordhaus (2010). *Economía con aplicaciones a Latinoamérica* (19 ed.). México D.F, México: Mc-Graw Hill.
- Sande, M. J. (2018). *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*. Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Schauer, F. (2013). *Pensar como abogado: Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Schauer, F. (2015). *Fuerza de ley*. (Serie mayor Postpositivismo y Derecho n.º 1; Trad. P. Rapetti) Lima, Perú: Palestra.
- Sumaria, O. (2013). *Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima, Perú: Ara.
- Torres, A. (2012). *Teoría general del contrato*. (T. I) Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Zela, A. (2008). *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*. Lima, Perú: Palestra.

7.2 Artículos en libros colectivos

- Benjamín, A. (1994). El Derecho del consumidor (Trad. Instituto Nacional de Consumo). En G. Stiglitz (Dir.), *Defensa de los consumidores de productos y servicios. Daños – Contratos* (pp. 87-111). Buenos Aires, Argentina: La Rocca.
- Berizonce, R. (2008). La tutela anticipatoria en los procesos colectivos. En A. Simons (Dir.), *XXI Jornadas iberoamericanas de Derecho procesal* (pp. 311-322). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Cadiet, L. (2015). La desjudicialización. Informe introductorio (trad. J. C. Mejía). En P. E. Nogueira & R. Cavani (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (pp. 25-57). Lima, Perú: Raguel.
- Camps, C. (2006). Eficacia cautelar de los procesos colectivos. En E. Oteiza (Coord.), *Lineamientos para un proceso colectivo eficaz. Medidas cautelares. Tutela anticipatoria. Intervención del juez* (pp. 289-312). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Centro de Investigación de Derecho procesal de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (2018). Deconstrucción de la tutela anticipada en el proceso civil peruano. Problemas en la recepción normativa. En G. Priori & L. Alfaro (Eds.), *Reforma del proceso civil. III Coloquio de centros y talleres de investigación de Derecho procesal* (pp. 87-113). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Delgado, C. (2018). La probanza de los hechos ilícitos futuros: Razonamiento probatorio en la tutela inhibitoria. En G. Priori (Coord.), *La prueba en el proceso* (pp. 185-202). Lima, Perú: Palestra.

- Delgado, J. (1994). Técnicas de comercialización y publicidad. En G. Stiglitz (Dir.), *Defensa de los consumidores de productos y servicios. Daños – Contratos* (pp. 151-160). Buenos Aires, Argentina: La Rocca.
- Gidi, A. (2004). Las acciones colectivas en Estados Unidos. En A. Gidi & E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), *Procesos colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos* (pp. 1-25). D. F. México, México: Porrúa.
- González, D. (2015). Hechos y acciones en el Derecho. En D. González (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho* (pp. 65-80). Madrid, España: Marcial Pons.
- González, L. (2006). Lineamientos para un proceso colectivo eficaz. Medidas cautelares. Tutela anticipatoria. Intervención del juez. En E. Oteiza (Coord.), *Lineamientos para un proceso colectivo eficaz. Medidas cautelares. Tutela anticipatoria. Intervención del juez* (pp. 313-330). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Harland, D. (1994). Control de la publicidad. Una visión comparativa (Trad. R. Stiglitz). En G. Stiglitz (Dir.), *Defensa de los consumidores de productos y servicios. Daños – Contratos* (pp. 129-149). Buenos Aires, Argentina: La Rocca.
- Koch, H. (2004). Procedimientos colectivos y representativos en el procedimiento civil alemán. En A. Gidi & E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), *Procesos colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos* (pp. 235-249). D. F. México, México: Porrúa.
- Marinoni, L. G. (2017). Derecho a la tutela judicial de los derechos. En G. Priori (Coord.), *Derecho material y proceso. El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material* (pp. 21-55). Lima, Perú: Palestra.

- Mitidiero, D. (2018). Cognición sumaria, probabilidad y prueba en la anticipación de tutela (trad. R. Cavani). En G. Priori (Coord.), *La prueba en el proceso* (pp. 205-223). Lima, Perú: Palestra.
- Montero, J. (2013). Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general. En J. Ruiz (Dir.), *Fundamentos de regulación y competencia (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)* (pp. 81-111). Madrid, España: Iustel.
- Paisant, G. (2011). Perspectivas de protección para los consumidores europeos. En J. Tomillo (Dir.) & J. Álvarez (Coord.), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico* (pp. 347-375). Pamplona, España: Civitas Thomson Reuters.
- Pérez, Á. (2017). Diálogo entre los derechos sustantivo y procesal: el puente de la justicia procedimental. En G. Priori (Coord.), *Derecho material y proceso. El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material* (pp. 57-80). Lima, Perú: Palestra.
- Pérez, J. A. (2015). Normas constitutivas: Reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas. Las definiciones. En D. González (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho* (pp. 27-45). Madrid, España: Marcial Pons.
- Priori, G. (2009). Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil. En *Páginas sobre justicia civil*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Priori, G. (2016). Comentarios al artículo 82 del Código Procesal Civil. En R. Cavani (Coord.), *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas* (T. I, pp. 496-514). Lima, Perú: Gaceta jurídica.

- Priori, G. (2017). Reflexiones iniciales sobre el sistema de tutela de derechos en el Perú como imprescindible presupuesto para su reforma integral. En G. Priori (Coord.), *Derecho material y proceso. El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material* (pp. 117-124). Lima, Perú: Palestra.
- Ramírez, N. (2008). El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica. En A. Simons (Dir.), *XXI Jornadas iberoamericanas de Derecho procesal* (pp. 265-284). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Roca, V. (2015). Ilícito, responsabilidad y sanción. En D. González (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho* (pp. 81-111). Madrid, España: Marcial Pons.
- Salgado, J. M. (2017). El proceso colectivo, la pretensión representativa y sus falsos sustitutos. Un intento por desmitificar una herramienta indispensable. En G. Priori (Coord.), *Derecho material y proceso. El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material* (pp. 347-363). Lima, Perú: Palestra.
- Tam, J. (2008). Apuntes sobre los intereses o derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva. En A. Simons (Dir.), *XXI Jornadas iberoamericanas de Derecho procesal* (pp. 285-296). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Vallespín, D. (2008). Los nuevos retos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el proceso civil. En A. Simons (Dir.), *XXI Jornadas iberoamericanas de Derecho procesal* (pp. 85-103). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Vega, J. (2015). El sujeto de derecho y la relación jurídica. De las modalidades deónticas a las posiciones jurídicas de Hohfeld. En D. González (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho* (pp. 113-147). Madrid, España: Marcial Pons.

7.3 Artículos en revistas

Aguirrezabal, M. (2006). Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista chilena de Derecho* (33), 69-91. Recuperado el 25 de noviembre de 2018, de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v33n1/art05.pdf>

Ariano, E. (2012). Consideraciones sobre la conclusión del proceso contencioso administrativo por reconocimiento de la pretensión en la vía administrativa. *Revista de Derecho Administrativo* (11), 143-154. Recuperado el 24 de abril de 2021, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13551>

Baca, V. (2011). La prescripción de las infracciones y su clasificación en la ley del procedimiento administrativo general (en especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas). *Derecho & Sociedad* (37), 263-274. Recuperado el 4 de setiembre de 2019, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13178>

Campos, R., Cruz, M. y Cornejo, J. (diciembre de 2014). ¡Para qué te traje!: En busca de una regulación más protectora de los intereses difusos (Comentario por M. Reggiardo). *Ius et Veritas* (49), 362-365. Recuperado el 25 de noviembre de 2018, de revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13636

Cavani, R. (febrero de 2014). ¿Qué es la tutela inhibitoria? Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos. *Gaceta Civil & Procesal civil* (8), 173-190. Recuperado el 1 de abril de 2018, de https://www.academia.edu/5488038/Tutela_inhibitoria_y_tutela_de_los_derechos?ends_sutd_reg_path=true

- Didier Jr., F. (2015). Un agradecimiento y tres apologías: Error, reflexión y pregunta. *Ius et Tribunalis*, Año n.º 1 (1), 67-72.
- Favoreu, L. (1996). La constitucionalización del Derecho. *Revista de Derecho*, Vol. XII, 31-43. Recuperado el 9 de mayo de 2018., de mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art03.pdf
- Kresalja, B. (noviembre de 2005). Constitución económica: La libertad de empresa como fundamento del sistema económico constitucionalizado. *Legislación y políticas de competencia en la Comunidad Andina* (1), 30-43.
- Pérez, A.-E. (2013). Las generaciones de derechos humanos. *Revista Dereitos Emergentes na Sociedade Global* (1), vol. n.º 2. Recuperado el 3 de diciembre de 2018, de https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/10183/pdf_1#.XAVeN9tKjIU
- Priori, G. (s.f.). La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional. *Ius et Veritas* (14), 97-108. Recuperado el 3 de marzo de 2021, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15709/16145>
- Reviriego, J. (2005). La tutela preventiva y la acción preventiva en el Derecho argentino. *Ars boni et Aequi*, Año n.º 8 (1), 135-170. Recuperado el 25 de noviembre de 2018, de www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2012/02/05-La-tutela-preventiva.pdf
- Taruffo, M. (julio-diciembre de 2005). Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos. *Revista de Derecho privado* (9), 23-33. Recuperado el 25 de noviembre de 2018, de www.redalyc.org/pdf/4175/417537584002.pdf

7.4 Artículos exclusivos en la Internet

Pizzorusso, A. (2001). Las “generaciones” de derechos. Recuperado el 25 de noviembre de 2018, de <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/.../20976>

Sartori, G. (s.f.). El debido concepto de lo cautelar. Recuperado el 24 de abril de 2021, de <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/SARTORI.pdf>

7.5 Tesis

7.5.1 Tesis nacionales

Cuyutupa, J. C. (2017). *La caracterización del procedimiento administrativo de protección al consumidor: ¿un frankenstein administrativo? Propuesta de cambio para la efectiva tutela del derecho fundamental de la protección al consumidor* (Tesis para obtener el grado por segunda especialidad en protección al consumidor). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 19 de noviembre de 2018 de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/8608>

Boulangger, L. (2015). *La naturaleza no indemnizatoria de la medidas correctivas y su régimen jurídico en el derecho administrativo peruano. Especial referencia al Código de protección y defensa del consumidor* (Tesis para optar el título de abogada). Piura, Perú: Universidad de Piura. Recuperado el 11 de marzo de 2018, de <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/123456789/2322>

Cárdenas, A. (2013). *Repercusión del sistema de reparación por daños y perjuicios ante el menoscabo a la salud del consumidor, Arequipa 2013* (Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho empresarial). Arequipa, Perú: Universidad

Católica de Santa María. Recuperado el 5 de diciembre de 2018, de <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/4570>

Durand, J. (2004). *El Derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma* (Tesis para optar el grado académico de Doctor). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 5 de diciembre de 2018, de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5382>

Hurtado, M. (2005). *Bases teóricas para la regulación de la tutela diferenciada en el proceso civil peruano* (Tesis para optar el grado académico de Doctor). Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado el 5 de diciembre de 2018, de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/646>

Terrazas, B. (2017). *La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas para casos médicos en materia de protección al consumidor* (Tesis para obtener el grado de segunda especialidad en Derecho público y Buen gobierno). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 5 de diciembre de 2018, de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/8567>

7.5.2 Tesis del extranjero

Corominas, S. (2015). *La legitimación activa en las acciones colectivas* (Tesis para optar el grado académico de Doctora). Girona, España: Universitat de Girona. Recuperado el 25 de noviembre de 2018, de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/361116/tscb1de1.pdf?sequence=6>

González, O. (2013). *La tutela civil de consumidores y usuarios: problemática subjetiva* (Tesis para el grado de Máster en Derecho público). Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid. Recuperado el 6 de diciembre de 2018, de https://eprints.ucm.es/22380/2/TFM_-_Oto_Gonz%C3%A1lez.pdf

7.6 Resoluciones

7.6.1 Indecopi

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2019). *Expediente n.º 411-2017/CC2* (Acurea vs. Nestlé Perú S.A.). Resolución n.º 459-2019/SPC-INDECOPI: Lima, 20 de febrero de 2019.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2020). *Expediente n.º 28-2019/CPC-INDECOPI-CHT* (Acurea y otros vs. Universidad Nacional del Santa). Resolución n.º 1408-2020/SPC-INDECOPI: Lima, 26 de agosto de 2020.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2014). *Expediente n.º 1997-2006/CPC* (David Rakocsi López Zumaeta vs. Universidad Nacional Federico Villarreal). Resolución n.º 3451-2014/SPC-INDECOPI: Lima, 13 de octubre de 2014.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 6-2017/CPC-INDECOPI-TAC* (Indecopi vs. Oscar Antonio Valdivia Ayca, Michela Annamaría Canepa Cicirello y Omnimusic S.A.C.). Resolución n.º 3151-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 14 de noviembre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2019). *Expediente n.º 19-2018-*

SIA/CPC-INDECOPI-AQP (Indecopi vs. Transportes Dean Valdivia S.A.).

Resolución n.º 65-2019/SPC-INDECOPI: Lima, 9 de enero de 2019.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 235-2017/ILN-CPC* (Asociación Atenea vs. Lima Airport Partners S.R.L.). Resolución n.º 2473-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 19 de setiembre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 233-2017/CPC-INDECOPI-LAL* (Cristhian Robert Ugarte Carbajal vs. Aeropuertos del Perú S.A.). Resolución n.º 3150-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 14 de noviembre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2015). *Expediente n.º 293-2014/ILN-CPC* (Ada Carmen Alegre Chang vs. Lima Airport Partners S.R.L.). Resolución n.º 956-2015/SPC-INDECOPI: Lima, 23 de marzo de 2015.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2017). *Expediente n.º 276-2016/CPC-INDECOPI-AQP* (Fernando Rufino Polanco Chambi vs. América Móvil Perú S.A.C.). Resolución n.º 1293-2017/SPC-INDECOPI: Lima, 30 de marzo de 2017.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 130-2017-PAS/CPC-INDECOPI-PUN* (Indecopi vs. Viettel Perú S.A.C.). Resolución n.º 3705-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 28 de diciembre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 419-2018/CC2* (Eulalia Laura Marchena Cueva de Sono vs. Telefónica del Perú S.A.A.). Resolución n.º 3393-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 5 de diciembre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2014). *Expediente n.º 617-2013/ILN-PS0* (Wilder Flores Cárdenas vs. Gas Natural de Lima y Callao S.A.). Resolución n.º 2238-2014/SPC-INDECOPI: Lima, 9 de julio de 2014.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 370-2017/ILN-CPC* (Inca Pisco S.A.C. vs. Enel Distribución Perú S.A.A.). Resolución n.º 1846-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 23 de julio de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 13-2016/ILN-CPC-SIA* (Indecopi. vs. Estación de Servicios H & A S.A.C.). Resolución n.º 2857-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 22 de octubre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2017). *Expediente n.º 1028-2016/CC2* (Ruth Doris Bernuy Timoteo vs. Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A.). Resolución n.º 1232-2017/SPC-INDECOPI: Lima, 28 de marzo de 2017.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2016). *Expediente n.º 37-*

2014/CPC-INDECOPI-ICA (Asociación Civil Defensoría del Vecino vs. Negocios Ana S.R.L.). Resolución n.º 273-2016/SPC-INDECOPI: Lima, 25 de enero de 2016.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 4-2017/CPC-INDECOPI-CHT* (Acurea vs. Nevada Entretenimientos S.A.C.). Resolución n.º 275-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 14 de febrero de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 391-2017/CPC-INDECOPI-PIU* (Defensoría del Consumidor vs. Banco Cencosud S.A.). Resolución n.º 1343-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 6 de junio de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 258-2017/CPC-INDECOPI-LAL* (Acurea vs. Piloto Móvil S.R.L.). Resolución n.º 3137-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 14 de noviembre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 16-2017/CPC-INDECOPI-ANC* (Indecopi vs. Empresa de Transportes Vía Costa Express S.R.L.). Resolución n.º 2647-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 3 de octubre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 42-2017-OFI/CPC-INDECOPI-CUS* (Indecopi vs. Romeliza S.A.C.). Resolución n.º 3591-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 19 de diciembre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 78-2016/CPC-INDECOPI-TAC* (Indecopi vs. Empresa de Transporte Turístico Olano S.A.). Resolución n.º 230-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 6 de febrero de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2017). *Expediente n.º 36-2016-OFI/CPC-INDECOPI-CUS* (Indecopi vs. Perurail S.A.). Resolución n.º 3395-2017/SPC-INDECOPI: Lima, 4 de diciembre de 2017.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 12-2017-PAS/CPC-INDECOPI-PIU* (Indecopi vs. Peruvian Air Line S.A.C.). Resolución n.º 2367-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 12 de setiembre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 184-2015/ILN-CPC-SIA* (Indecopi vs. Sociedad Educativa WNC S.C.R.L.). Resolución n.º 2323-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 10 de setiembre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2020). *Expediente n.º 44-2017/CPC-INDECOPI-CHT* (Acurea vs. Universidad Nacional del Santa). Resolución n.º 1276-2020/SPC-INDECOPI: Lima, 12 de agosto de 2020.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 107-2017-PAS/CPC-INDECOPI-PUN* (Indecopi vs. Inversiones y Servicios El Tablón

Juliaca S.A.C.). Resolución n.º 3348-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 30 de noviembre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 679-2017/CC2* (Aspec vs. Leche Gloria Sociedad Anónima). Resolución n.º 2624-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 1 de octubre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2016). *Expediente n.º 61-2015/CPC-INDECOPI-TAC* (Indecopi vs. Policlínico Pierre Fauchard E.I.R.L.). Resolución n.º 3495-2016/SPC-INDECOPI: Lima, 21 de setiembre de 2016.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2017). *Expediente n.º 29-2016/CPC-INDECOPI-CUS* (Modesto Baca Aranzábal vs. Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.). Resolución n.º 1163-2017/SPC-INDECOPI: Lima, 21 de marzo de 2017.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2017). *Expediente n.º 959-2016/CCI* (Benedicta Sucari Pilco vs. La Positiva Seguros y Reaseguros S.A.). Resolución n.º 1741-2017/SPC-INDECOPI: Lima, 17 de mayo de 2017.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2017). *Expediente n.º 148-2016/CPC-INDECOPI-PIU* (Paola Olórtiga Contreras vs. Corporación Médica Piura S.A.C.). Resolución n.º 2944-2017/SPC-INDECOPI: Lima, 9 de octubre de 2017.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 1072-2017/CCI* (Iris del Carmen Falla Segura vs. Rímac Seguros y Reaseguros S.A.). Resolución n.º 3196-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 19 de noviembre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 55-2017/CC3* (Indecopi vs. Banco Financiero del Perú S.A.). Resolución n.º 1332-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 4 de junio de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2019). *Expediente n.º 210-2018/CPC-INDECOPI-LAM* (Víctor Raúl Bernal Llontop vs. AFP Integra S.A.). Resolución n.º 346-2019/SPC-INDECOPI: Lima, 8 de febrero de 2019.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2019). *Expediente n.º 17-2017/ILN-CPC-SIA* (Indecopi vs. Aerovías del Continente Americano S.A.). Resolución n.º 970-2019/SPC-INDECOPI: Lima, 10 de abril de 2019.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2016). *Expediente n.º 16-2015/CPC-INDECOPI-ICA* (Acurea vs. Empresa de Transportes Flores Hnos. S.R.L.). Resolución n.º 1370-2016/SPC-INDECOPI: Lima, 20 de abril de 2016.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2015). *Expediente n.º 209-2013/CCI* (Asociación Atenea vs. Banco de Crédito del Perú S.A.). Resolución n.º 3244-2015/SPC-INDECOPI: Lima, 19 de octubre de 2015.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2017). *Expediente n.º 4-2016/CPC-INDECOPI-CHT* (Acurea vs. Turismo Días S.A.). Resolución n.º 949-2017/SPC-INDECOPI: Lima, 28 de febrero de 2017.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 23-2017/CC3* (Indecopi vs. Banco de Crédito del Perú S.A.). Resolución n.º 67-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 12 de enero de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 44-2017/CPC-INDECOPI-CHT* (Acurea vs. Universidad Nacional del Santa). Resolución n.º 2681-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 5 de octubre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2012). *Expediente n.º 69-2012/PS-INDECOPI-PIU* (Jesús Martín Ocampos Mogollón vs. Banco Falabella Perú S.A.). Resolución n.º 3575-2012/SPC-INDECOPI: Lima, 10 de diciembre de 2012.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2012). *Expediente n.º 843-2011/PS2* (Blanca Reneé Sandoval Arévalo vs. Banco Falabella Perú S.A.). Resolución n.º 3499-2012/SPC-INDECOPI: Lima, 29 de noviembre de 2012.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 1265-*

2016/CC2 (Aspec vs. Cencosud Retail Perú S.A.). Resolución n.º 438-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 2 de marzo de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 946-2017/CC2* (Defensoría del Consumidor y Usuarios vs. Chirry’s Inversiones S.A.C.). Resolución n.º 2363-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 12 de setiembre de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2018). *Expediente n.º 285-2017/CC1* (Emilio Francisco Casanova Gálvez vs. Financiera Oh S.A.). Resolución n.º 1419-2018/SPC-INDECOPI: Lima, 11 de junio de 2018.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2019). *Expediente n.º 40-2017/CPC-INDECOPI-CAJ* (Armando Marcos Gaitán Cabellos vs. Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.). Resolución n.º 327-2019/SPC-INDECOPI: Lima, 6 de febrero de 2019.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2019). *Expediente n.º 38-2018/CC2* (Gladys Ivonne Salirrosas Aleman vs. Latam Airlines Group S.A. Sucursal Perú). Resolución n.º 966-2019/SPC-INDECOPI: Lima, 10 de abril de 2019.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2019). *Expediente n.º 6-2019/CPC-INDECOPI-TAC* (International Association of Peruvian Consumer Protection

vs. Empresa de Transportes y Servicios Múltiples Bahía del Sur S.A.). Resolución n.º 2561-2019/SPC-INDECOPI: Lima, 18 de setiembre de 2019.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2020). *Expediente n.º -2019/CPC-INDECOPI-* (Víctor Arturo Omar Guerrero Barreto, Liz Yesenia Zavala Montero, Yemina de Jesús Moscol Aleman y Marly Karina Sánchez Reyes vs. Universidad César Vallejo S.A.C.). Resolución n.º 151-2020/SPC-INDECOPI: Lima, 15 de enero de 2020.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Protección al Consumidor (2020). *Expediente n.º 1118-2019/CC2* (Acurea vs. Supermercados Peruanos Sociedad Anónima y Best Brands S.A.C.). Resolución n.º 1237-2020/SPC-INDECOPI: Lima, 5 de agosto de 2020.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Defensa de la Competencia (2021). *Expediente n.º 7-2021/SDC/Queja*. Resolución n.º 42-2021/SDC-INDECOPI: Lima, 11 de marzo de 2021.

7.6.2 Tribunal Constitucional del Perú

Tribunal Constitucional del Perú (2003). *Expediente n.º 08-2003-AI/TC* (Roberto Nesta Brero y más de 5000 ciudadanos). Sentencia: Lima, 11 de noviembre de 2003.

Tribunal Constitucional del Perú (2015). *Expediente n.º 295-2012-PHC/TC* (Aristóteles Román Arce Paucar). Sentencia: Lima, 14 de mayo de 2015.

7.6.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). *Caso Petro Urrego vs. Colombia*.

Sentencia: San José, 8 de julio de 2020.

7.7 Normas

7.7.1 Rango constitucional

Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú. Lima: 29 de diciembre de 1993.

7.7.2 Rango legal

Poder Ejecutivo del Perú (1992). *Decreto Legislativo 768*. Código Procesal Civil. Lima: 4 de marzo de 1992.

Congreso de la República del Perú (2001). *Ley 27444*. Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: 11 de abril de 2001.

Congreso de la República del Perú (2010). *Ley 29571*. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima: 2 de setiembre de 2010.

Poder Ejecutivo del Perú (2016). *Decreto Legislativo 1272*. Decreto Legislativo que modifica la Ley n.º 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley n.º 29060 Ley del Silencio Administrativo. Lima: 21 de diciembre de 2016.

Poder Ejecutivo del Perú (2016). *Decreto Legislativo 1308*. Decreto Legislativo que modifica el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley n.º 29571. Lima: 30 de diciembre de 2016.

Ministerio de Justicia del Perú (2019). *Decreto Supremo 004-2019-JUS*. Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (sistematiza la Ley 27444 y el Decreto Legislativo 1272). Lima: 25 de enero de 2019.

Poder Ejecutivo del Perú (2018). *Decreto Legislativo 1390*. Decreto Legislativo que modifica la Ley n.º 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima: 5 de setiembre de 2018.

Poder Ejecutivo del Perú (2018). *Decreto Legislativo 1452*. Decreto Legislativo que modifica la Ley n.º 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: 16 de setiembre de 2018.

7.7.3 Rango reglamentario

Presidencia del Consejo de Ministros (2011). *Decreto Supremo 032-2011-PCM*. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento sobre condiciones del destino del monto para el funcionamiento de las asociaciones de consumidores. Lima: s.f.

Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi (2013). *Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi 283-2013-INDECOPI/COD*. Directiva n.º 009-2013/DIR-COD-INDECOPI Normas sobre registro, reconocimiento y participación de las asociaciones de consumidores en los procedimientos sobre defensa de los derechos de los consumidores. Lima: 15 de noviembre de 2013.

Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi (2019). *Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi 38-2019-INDECOPI/COD*. Directiva n.º 001-2019/DIR-COD-INDECOPI que modifica la “Directiva que regula el procedimiento sumarísimo en materia de protección al consumidor previsto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor” y la “Directiva que regula

los procedimientos en materia de protección al consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”. Lima: 23 de marzo de 2019.

Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi (2017). *Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi 76-2017-INDECOPI/COD*. Directiva n.º 006-2017/DIR-COD-INDECOPI Directiva que regula los procedimientos en materia de protección al consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima: 24 de abril de 2017.

Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi (2016). *Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi n.º 150-2016-INDECOPI/COD*. Directiva n.º 003-2016/DIR-COD-INDECOPI que establece los criterios a aplicar y el mecanismo de selección de los casos para que el Indecopi promueva procesos judiciales en defensa de los intereses colectivos de los consumidores. Lima: 26 de agosto de 2016.

7.8 Otros documentos

Grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil (2018). *Proyecto de reforma del Código Procesal Civil*. Recuperado el 25 de diciembre de 2018, de <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/arweb/CPC.pdf>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual – Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor (25 de abril de 2019). *El Indecopi expuso ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre los avances en materia de protección de los derechos de los consumidores peruanos*. Recuperado el 24 de mayo de 2019, de <http://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/6830>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad

Intelectual – Indecopi (2019). *Registro oficial de asociaciones de consumidores a nivel nacional*. Recuperado el 14 de mayo de 2019, de https://www.consumidor.gob.pe/documents/127561/3382046/RO_AACC_AB_RIL_2019.pdf/d83424e3-74c1-84af-e4cf-94e41d3536fa

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad

Intelectual – Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor (2017). *Estado de la protección de los consumidores en el Perú: Informe anual 2017*. Recuperado el 21 de noviembre de 2018, de https://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/126949/Informe_Anual_Consumo_2017/c562f760-a197-ac4a-9c87-728eae3c20c8

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad

Intelectual – Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor (2016). *Estado de la protección de los consumidores en el Perú: Informe anual 2016*. Recuperado el 7 de diciembre de 2018, de <http://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/5806>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad

Intelectual – Servicio de Atención al Ciudadano (28 de mayo de 2019). *Expediente n.º 416-2019/GEG-SAC*. Carta n.º 817-2019/GEG-SAC (Respuesta de solicitud de acceso a la información pública de fecha 14 de mayo de 2019).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad

Intelectual – Servicio de Atención al Ciudadano (9 de abril de 2018). *Expediente n.º 174-2018/GEG-SAC*. Carta n.º 375-2018/GEG-SAC (Respuesta de solicitud de acceso a la información pública de fecha 26 de marzo de 2018).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual – Servicio de Atención al Ciudadano (11 de abril de 2018). *Expediente n.º 173-2018/GEG-SAC*. Carta n.º 359-2018/GEG-SAC (Respuesta a dos solicitudes de acceso a la información pública de fechas 26 de marzo de 2018).

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (2004). *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*. Caracas, Venezuela: 28 de octubre de 2004.

ANEXO 1. Matriz de consistencia

Inaplicación de técnicas adecuadas en el procedimiento colectivo impide la tutela preventiva de los derechos supraindividuales de los consumidores

Enunciado del problema	Objetivos	Hipótesis	Variables	Dimensiones	Métodos
¿Qué efecto tiene la inaplicación de técnicas adecuadas por los órganos resolutores del Indecopi sobre los derechos supraindividuales de los consumidores, en el marco del procedimiento colectivo de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor?	Objetivo general	“La inaplicación de técnicas adecuadas por los órganos resolutores del Indecopi en el procedimiento colectivo de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, impide la tutela preventiva de los derechos supraindividuales de los consumidores”	Variable independiente	Derechos supraindividuales de los consumidores y su tutela preventiva Indicadores: – Derechos supraindividuales – difuso y colectivo– de los consumidores – Técnicas adecuadas: anticipación de tutela y medidas coercitivas	Método científico Método inductivo Métodos jurídicos Método dogmático Método sociológico y funcional Diseño de investigación Diseño de investigación – acción Diseño descriptivo Diseño propositivo M → O → P M = Muestra O = Observación de variables
	Evaluar cuál sería el efecto de la inaplicación de técnicas adecuadas por los órganos resolutores del Indecopi sobre los derechos supraindividuales de los consumidores, en el marco del procedimiento colectivo de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor.		La inaplicación de técnicas adecuadas por los órganos resolutores del Indecopi en el procedimiento colectivo de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor		
	Objetivos específicos		Variable dependiente	Procedimiento colectivo contenido en la Ley 29571 Código de Protección y	
	a. Explicar la teoría de los derechos		Impide la tutela preventiva de los		

	<p>supraindividuales – difusos y colectivos– de los consumidores que justifican un tipo de tutela preventiva mediante las técnicas procesales de anticipación de tutela y multas coercitivas.</p> <p>b. Analizar si el objeto, legitimación, competencia, medidas cautelares y de coerción del procedimiento colectivo regulados en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, permiten la tutela preventiva de derechos supraindividuales de los consumidores.</p> <p>c. Evaluar, a través de los expedientes</p>		<p>derechos supraindividuales de los consumidores</p>	<p>Defensa del Consumidor</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Objeto del procedimiento colectivo: Tutela preventiva de derechos supraindividuales – Legitimación de derechos supraindividuales – Competencia – Tutela preventiva a través de medidas cautelares (anticipación de tutela) y medidas de coerción – Expedientes con resolución de primer grado sobre procedimientos colectivos 	<p>P = Propuesta normativa elaborada por el tesista</p> <p>Población muestral</p> <p>Muestra teórica o conceptual</p> <p>Muestra por conveniencia</p> <p><i>Universo:</i></p> <p>Procedimientos colectivos a nivel nacional e internacional sobre derechos supraindividuales – difuso y colectivo– de los consumidores.</p> <p><i>Población:</i></p> <p>Procedimientos colectivos a nivel nacional tramitados por el Indecopi sobre tutela preventiva de derechos supraindividuales – difuso y colectivo– de los consumidores, de los años 2018-2020.</p> <p><i>Muestra:</i> Cinco (5) expedientes tramitados</p>
--	---	--	---	--	--

	<p>sobre procedimientos colectivos con resolución de primer grado, si existe la adecuada aplicación de técnicas procesales como la anticipación de tutela y multas coercitivas para la tutela preventiva.</p>				<p>ante el Indecopi por denuncia de la Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Ancash (Acurea) sobre tutela preventiva de derechos supraindividuales – difuso y colectivo– de los consumidores, de los años 2018-2020.</p> <p>Técnicas e instrumentos de recolección de datos</p> <p>Técnicas de fichaje, anotaciones o notas de campo, elaboración de guías de casos y observación.</p> <p>Instrumentos: fichas de resumen, citas y bibliográficas, y guías de análisis de casos.</p> <p>Fuentes primarias</p> <p>Realidad social</p> <p>Observación directa</p>
--	---	--	--	--	--

					<p>Fuentes secundarias</p> <p>Proyectos normativos</p> <p>Técnicas de procesamiento y análisis de datos</p> <p>Análisis y reflexiones sobre el contenido inicial recolectado</p> <p>Análisis y reflexiones durante el desarrollo de los procedimientos colectivos</p> <p>Procesamiento para la recolección de datos</p>
--	--	--	--	--	--

DATOS GENERALES DEL CASO

- N.º de expediente: 662-2018/CC2
- Denunciante: Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Ancash (Acurea)
- Denunciado: Blue Marlin Beach Club S.A (Blue Marlin)
- Fecha de inicio del procedimiento: 26 de abril de 2018
- Órgano resolutorio de primer grado: Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 del Indecopi (la Comisión)
- Órgano resolutorio de segundo grado: Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (la Sala)
- Materia: Cláusulas abusivas en contratos de adhesión de programa vacacional

ANÁLISIS DEL CASO

Breve exposición del caso	Resolución de Comisión	Resolución de la Sala
<p>La Acurea denunció a Blue Marlin por presuntas infracciones a las normas contenidas en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor (Código del Consumidor) en legitimación de los intereses colectivos de los consumidores.</p> <p>La Acurea presentó ejemplares de contratos de adhesión de las series P y PJ por los cuales Blue Marlin contrató con consumidores el programa <i>Multivacaciones Decameron</i>. Manifestó que, en dichos contratos, había incurrido en actos ilícitos como la consignación de seis (6) cláusulas que calificarían como abusivas, a saber:</p> <p>(i) Variación, de forma unilateral, del calendario de años turísticos como la clasificación de semanas vacacionales, sin expresión de motivos de la eventual variación.</p> <p>(ii) Variación, de forma unilateral, de los hoteles</p>	<p>La Comisión, mediante la Resolución n.º 851-2019/CC2, declaró abusivas cuatro cláusulas y sancionó a Blue Marlin con 200 UIT, y declaró infundadas las dos cláusulas referentes a la solución de diferencias. Además, la Comisión ordenó a Blue Marlin que, en el plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con inaplicar las cláusulas abusivas en los contratos de las series P y PJ así como de contratos futuros y, en el mismo plazo, las elimine.</p> <p>En la parte resolutoria novena de la misma decisión de primer grado, la Comisión resolvió que “carece de objeto pronunciarse respecto de su solicitud de medida cautelar”. En los fundamentos, la Comisión manifestó que la razón de ello consistía en que se ha emitido el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia (fundamento n.º 105).</p>	<p>La Acurea no apeló la omisión de pronunciamiento de la medida anticipatoria. Por tanto, la Sala no emitió pronunciamiento en ese extremo.</p>

<p>elegidos, sin expresión de motivos.</p> <p>(iii) Cambio, de forma unilateral, de la cadena de intercambio.</p> <p>(iv) Modificación al Reglamento de condiciones de uso y operación del programa en cualquier momento.</p> <p>(v) La solución de diferencias relacionadas con el contrato, incluso su validez y eficacia, serán sometidos a arreglo directo.</p> <p>(vi) La solución de diferencias, en caso de no solucionarse por arreglo directo, será resuelta mediante árbitro único de laudo definitivo e inapelable, con facultad de ejecución.</p> <p>Posteriormente, la Acurea solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión el dictado de medidas cautelares de cese (<i>rectius</i>: medidas anticipatorias).</p>		
---	--	--

CONCLUSIÓN

La Comisión asumió que la decisión de primer grado implicaba la sustracción de la materia de la solicitud de anticipación de tutela. Si bien se dejó consentir este extremo al no ser apelado, esto no implica la corrección de lo fundamentado por la Comisión. Es cierto que la Comisión mediante la decisión de primer grado ordenó a Blue Marlin que, en el plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con inaplicar las cláusulas abusivas en los contratos de las series P y PJ (derecho colectivo) así como de contratos futuros (derecho difuso) y, en el mismo plazo, las elimine. No obstante, estas medidas correctivas quedaron *suspendidas* en tanto Blue Marlin apeló.

Según lo anotado, le correspondía a la Comisión pronunciarse por el fondo de la solicitud de anticipación de tutela, ya sea concediendo o denegando. De ningún modo se explica la declaratoria de sustracción de la materia. La decisión de primer grado sobre el procedimiento principal no constituye un acto firme porque está sujeta a impugnación ante el órgano resolutorio de segundo grado (la Sala), como ciertamente ocurrió. Así, la Comisión debió evaluar los presupuestos como la verosimilitud del derecho y acciones ilícitas, peligro en la demora y adecuación de la medida.

Por lo expuesto, la emisión de la decisión de primer grado no implica la sustracción de la materia respecto de la solicitud de anticipación de tutela.

La Comisión ni siquiera evaluó los presupuestos de la anticipación de tutela; sencillamente la asimiló como sustracción de la materia. No obstante, constituye también una forma de inaplicación de las técnicas adecuadas como la anticipación de tutela y medidas coercitivas para un caso que sí lo requería. Así, nada pudo impedir la permanencia de las seis cláusulas probablemente abusivas, mientras se prolongó el tiempo del procedimiento (peligro en la tardanza según Calamandrei citado por Proto, 2018, pp. 645 y 646).

Por lo expuesto, se verifica que el órgano resolutorio de primer grado inaplicó las técnicas procesales de anticipación de tutela y las medidas coercitivas.

DATOS GENERALES DEL CASO

- N.º de expediente: 48-2018/CPC-INDECOPI-CHT
- Denunciante: Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Ancash (Acurea)
- Denunciada: Juana Marleni Vigo Ruiz (señora Vigo)
- Fecha de inicio del procedimiento: 20 de julio de 2018
- Órgano resolutorio de primer grado: Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Ancash sede Chimbote (la Comisión)
- Órgano resolutorio de segundo grado: Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (la Sala)
- Materia: Adulteración de sal de cocina

ANÁLISIS DEL CASO

Breve exposición del caso	Resolución de Comisión	Resolución de la Sala
<p>La Acurea denunció a la señora Vigo por presuntas infracciones a las normas contenidas en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor (Código del Consumidor) en legitimación de los intereses colectivos de los usuarios afectados y amenazados.</p> <p>La Acurea manifestó que la señora Vigo le habría vendido un saco de sal de la marca <i>Marina sal de mar Emsal</i> cuyos envases y contenido –sal– diferían de otros adquiridos en otro establecimiento (supermercado) en fechas coetáneas. En detalle, Acurea indicó que los envases de la señora Vigo tenían un corte recto, serigrafía borrosa de las fechas de lote y vencimiento, y su contenido se hallaba cuarteado; en cambio, los adquiridos en el supermercado tenían corte “serrucho”, serigrafía nítida y el contenido era regular. Por tanto, concluyó, que los productos eran adulterados.</p> <p>En el mismo escrito, la Acurea solicitó a la</p>	<p>La Comisión, mediante la Resolución n.º 50-2018/INDECOPI-CHT, resolvió denegar la medida cautelar. Los fundamentos fueron los siguientes:</p> <p>(i) Se verificó que Acurea adquirió un saco del producto de sal del establecimiento de la señora Vigo por el importe de S/ 23.00 y, además, adquirió dos envases del producto de sal de Hipermarcados Tottus; sin embargo, la sola presentación de dichos productos no es suficiente para determinar las infracciones (fundamento n.º 11).</p> <p>(ii) En ese sentido, en esta etapa del procedimiento, no es posible contar con elementos probatorios suficientes para generar verosimilitud de las infracciones (fundamento n.º 12).</p> <p>Posteriormente, la señora Vigo presentó sus descargos el 21 de agosto de 2018, esto es, dentro del plazo previsto de cinco días hábiles desde la</p>	<p>La Acurea no apeló la denegatoria de la medida anticipatoria. Por tanto, la Sala no emitió pronunciamiento en ese extremo.</p>

<p>Secretaría Técnica de la Comisión el dictado de medida cautelar (<i>rectius</i>: medidas anticipatorias) consistente en el comiso, depósito e inmovilización de productos identificados como adulterados.</p>	<p>notificación. Precisó que se allanaba a la denuncia; en consecuencia, manifestó que había retirado los productos cuestionados (sacos de sal) de forma inmediata y adjuntó fotografías de carteles a través de los cuales informaba a los consumidores sobre dicho retiro.</p>	
--	--	--

CONCLUSIÓN

Sin ningún orden esquemático, la Comisión se limitó a enunciar hipótesis no problemáticas como las dos compras. Así, no era problemático si los productos de sal presuntamente adulterados fueron adquiridos o no en el establecimiento de la señora Vigo, lo cual fue corroborado en la diligencia de inspección realizada antes de la denegatoria de la solicitud de anticipación de tutela. Tampoco era problemático si los otros productos de sal presuntamente originales fueron adquiridos en un supermercado (utilizables como términos de comparación).

Paradójicamente, la Comisión omitió por completo verificar los indicadores relevantes que se refieren a la hipótesis, a pesar de que la Acurea sí los fundamentó. En ninguna parte, la Comisión comparó el tipo de corte de los envases (recto en el adulterado y dentado en el original), serigrafía de las fechas de lote y vencimiento (borrosa en el adulterado y nítida en el original), y su contenido (cuarteado en el adulterado y de textura normal en el original). De aquí, se infiere la carencia de algún procedimiento de comprobación de la hipótesis y de no refutación (Gascón, 2010, pp. 160-163) en cognición sumaria (Mitidiero, 2018, p. 209).

Finalmente, la Comisión manifestó una insuficiencia de la *cantidad* de elementos probatorios para arribar a la verosimilitud (probabilidad) de la acción ilícita. El grado de probabilidad de una hipótesis en un juicio sumario –como la anticipación de tutela– no debe ser mayor (o menor) según la cantidad y variedad de pruebas (lo que sí debe ser para el juicio final según Gascón, 2010, pp. 160-163). De aquí, que en opinión del tesista, la Comisión se equivoca al pretender una mayor cantidad, propio de juicios definitivos y no del sumario. Por tanto, correspondía realizar un juicio de probabilidad con lo que obraba en el expediente (cognición sumaria).

La Comisión evaluó únicamente el presupuesto de la verosimilitud (juicio de probabilidad). Sin embargo, se ha verificado una motivación insuficiente en la evaluación de dicho presupuesto; en el cual, no se da cuenta del procedimiento de comprobación de la hipótesis y de no refutación en grado sumario. Así, no se habría podido impedir la repetición de la venta de sal adulterada durante la sustanciación del procedimiento, de no ser que la misma proveedora se allanó.

Por lo expuesto, se verifica que el órgano resolutorio de primer grado inaplicó las técnicas procesales de anticipación de tutela y las medidas coercitivas.

DATOS GENERALES DEL CASO

- N.º de expediente: 991-2019/CC2
- Denunciante: Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Ancash (Acurea)
- Denunciados: Supermercados Peruanos Sociedad Anónima (Supermercados Peruanos) y Romovi S.A.C. (Romovi)
- Fecha de inicio del procedimiento: 22 de julio de 2019
- Órgano resolutorio de primer grado: Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 del Indecopi (la Comisión)
- Órgano resolutorio de segundo grado: Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (la Sala)
- Materia: Vinos con registro sanitario vencido y sin etiqueta de advertencia

ANÁLISIS DEL CASO

Breve exposición del caso	Resolución de la Comisión	Resolución de la Sala
<p>La Acurea denunció a Supermercados Peruanos y Romovi por presuntas infracciones a las normas contenidas en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor (Código del Consumidor) en legitimación de los intereses colectivos de los usuarios afectados y amenazados.</p> <p>La Acurea manifestó que Romovi –importador– y Supermercados Peruanos –comerciante– expendían vinos tintos denominados <i>Reto Malbec</i> y <i>Reto Cabernet Sauvignon</i> ambos de 750 ml con registro sanitario vencido. Así también, manifestó que Romovi omitió consignar la frase “Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino” en un espacio no menor al 10% del área total de las etiquetas de los vinos conforme a la normativa sectorial.</p> <p>Posteriormente, la Acurea solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión el dictado de medida cautelar</p>	<p>La Comisión, mediante la Resolución n.º 1885-2019/CC2, otorgó la medida cautelar. Los fundamentos fueron los siguientes:</p> <p>(i) Verosimilitud de la infracción denunciada: Se verificó que los registros sanitarios de ambos productos estaban vencidos desde el 11 de marzo de 2018, según la página web de la Dirección General de Salud Ambiental – Digesa– (fundamento n.º 21). En específico,</p> <p>(a) Romovi: En su condición de importador, puso a disposición de los consumidores ambos productos sin haber solicitado su renovación ni haberlos retirado en el plazo estipulado por el artículo 108 del Decreto Supremo 007-98-SA que aprobó el Reglamento sobre Vigilancia y Control</p>	<p>La Sala, mediante la Resolución n.º 1235-2020/SPC-INDECOPI de fecha 5 de agosto de 2020, confirmó la resolución que otorgó la medida cautelar. Sin perjuicio de esto, precisó los alcances de la medida cautelar.</p> <p>Los fundamentos expuestos por la Sala son los que siguen:</p> <p>(i) Verosimilitud del carácter ilegal del daño: De los medios probatorios, se desprende con cierto grado de probabilidad que los registros sanitarios de los productos se encontraban vencidos desde el 11 de marzo de 2018 y seguían comercializándose con posterioridad a la denuncia; por tanto, se constata la verosimilitud de la infracción al deber de idoneidad (fundamento n.º 32). Respecto de los argumentos de apelación,</p>

<p>(<i>rectius</i>: medidas anticipatorias) consistente en decomiso, orden de comunicación a la población y distribuidores y cese de distribución y comercialización.</p>	<p>Sanitario de Alimentos y Bebidas (en adelante el Decreto Supremo 007-98-SA, fundamento n.º 22).</p> <p>(b) Supermercados Peruanos: De las facturas electrónicas aportadas, se observó que los expende en <i>Plaza Vea</i> a pesar de que los registros sanitarios están vencidos (fundamento n.º 24).</p> <p>(ii) Peligro en la demora: Durante el tiempo que le tome al Colegiado emitir la resolución final sobre el fondo, los consumidores de estos productos podrían verse perjudicados; por lo cual, se acredita el peligro en la demora (fundamento n.º 27).</p> <p>(iii) Adecuación de la medida: Según lo dispuesto en el artículo 108 Decreto Supremo 007-98-SA, en el plazo máximo de 15 días hábiles, ordenó que (fundamentos 28 y 29):</p> <p>(a) Romovi comunique a los distribuidores de ambos productos el retiro del mercado, inmovilización y cese de comercialización de <i>todos</i> los lotes de ambos productos.</p> <p>(b) Supermercados Peruanos cese la comercialización de <i>todos</i> los lotes de ambos productos.</p>	<p>(a) Romovi: Los registros sanitarios mencionados en la apelación – P3569917E y P3570017E– son distintos a los presentados por Acurea, incluso con denominación distinta; por tanto, se desestimó (fundamentos n.º 37 y 38).</p> <p>(b) Supermercados Peruanos: Si bien señaló que no era responsable del seguimiento de los registros sanitarios, en su posición en la cadena de producción debe verificar el adecuado rotulado de los productos adquiridos; así, las acciones que debe tomar frente a productos con registro sanitario vencido son independientes del titular del registro (fundamentos n.º 44 y 45).</p> <p>(ii) Peligro en la demora:</p> <p>(a) Romovi y Supermercados Peruanos permanecen en el mercado; por lo cual, se evidencia la existencia del peligro en la demora pues podría ocasionarse un daño irreparable a los consumidores en tanto se perjudicarían con la adquisición y consumo de productos cuyo vencimiento del</p>
---	--	---

		<p>registro sanitario no pudieron verificar oportunamente (fundamento n.º 51).</p> <p>(b) Resultaría difícil ejecutar algún tipo de reparación en todos los casos – mediante la devolución del dinero por lo vinos– dadas las dificultades probatorias para identificar a los perjudicados, que podrían haber desechado los envases y comprobantes de pago (fundamento n.º 51).</p> <p>(c) Si bien Supermercados Peruanos manifestó que las bebidas alcohólicas no podían causar daño a la salud, se debe recordar que no se analiza el deber de inocuidad sino de idoneidad (fundamentos n.º 53 y 54).</p> <p>(iii) Adecuación de la medida: El mandato de la Comisión no resulta ajustado al caso en tanto consideró que afectaría a <i>todos</i> los lotes de los productos, cuando únicamente se denunció a dos (2) registros sanitarios; por tanto, se modifica la medida (fundamentos n.º 59 y 60).</p>
--	--	---

CONCLUSIÓN

La Comisión sí formuló la hipótesis de las ventas de vinos con registro sanitario vencido. Enseguida, individualizó los materiales probatorios –etiquetas adheridas a los envases de vinos, página web de Digesa y facturas electrónicas–, otorgándoles credibilidad y significado. Luego, la Comisión confirmó su hipótesis por las constataciones directas de las pruebas documentales

reseñadas (procedimiento de confirmación) y concluyó que Romovi y Supermercados Peruanos vendieron a los consumidores vinos con registros sanitarios vencidos. No obstante, no realizó el procedimiento de no refutación.

No se advierte, por otro lado, que la Comisión haya realizado el juicio de *probabilidad* de la *repetición*, en el presente y futuro, de las acciones ilícitas. Si no existe dicho juicio, entonces cuál sería el objeto de la anticipación de tutela. Se ha de recordar que el anticipación de la tutela procede ante el temor de que se repitan las acciones ilícitas; de no ser así, solo habría que esperar la decisión final (y no anticipatoria) respecto de acciones ilícitas que si bien ocurrieron, no se teme su reiteración.

De otro lado, la Comisión asumió la especie del peligro en la tardanza en el presupuesto del peligro en la demora, al cual se le debe hacer alguna precisión. Así, en un primer momento, evidenció el factor de la duración del procedimiento para el sentido favorable de la decisión, lo cual es aceptable. En un segundo momento, estableció que, durante el procedimiento, podría ocurrir el perjuicio de los consumidores, a lo cual –en la presente tesis– se ha denominado como el factor del estado de insatisfacción del derecho colectivo a través de la repetición de acciones ilícitas.

En grado de apelación, la Sala sí formuló la hipótesis de las ventas de vinos con registro sanitario vencido. Individualizó los materiales probatorios disponibles; no obstante, respecto de los nuevos registros sanitarios, la Sala los desestimó por no referirse a la hipótesis sino a otros hechos. Luego, la Sala confirmó su hipótesis por las constataciones directas de las pruebas documentales reseñadas (procedimiento de confirmación) y concluyó, con grado de probabilidad, que Romovi y Supermercados Peruanos vendieron a los consumidores vinos con registros sanitarios vencidos desde el 11 de marzo de 2018. No obstante, no realizó el procedimiento de no refutación.

A diferencia del órgano resolutorio de primer grado, la Sala sí realizó el juicio de *probabilidad* de la *repetición*, en el presente y futuro, de las acciones ilícitas. Fundamentó que los vinos con registros sanitarios vencidos seguían comercializándose con posterioridad a la denuncia. Por tanto, esta consideración fue determinante para el cumplimiento del presupuesto y el otorgamiento de la anticipación de tutela.

Se verifica que la Sala evalúa el presupuesto del peligro en la demora con la conjunción de dos factores: (a) posibilidad de que se cauce algún daño y (b) que dicho daño se torne en *irreparable*. Estos factores contradicen la premisa de que los derechos supraindividuales – difuso y colectivo– son inviolables *per se* en tanto derechos humanos y fundamentales. Por tanto, el peligro en la demora no debe tener como eje al daño sino al estado de satisfacción de los derechos supraindividuales (alteridad).

Respecto del factor de la posibilidad de que se cauce algún daño, según la Sala, consistiría en que los consumidores adquieran los vinos con registro sanitario vencido en tanto Romovi y Supermercados Peruanos continuarán con las ventas. Al respecto, la Sala se equivoca de lugar porque dicha posibilidad se debió evaluar en el presupuesto de la verosimilitud (probabilidad) de que se *repitan* las acciones ilícitas en el presente y futuro, sin necesidad de aludir al daño. Hecho esto, en el presupuesto del peligro en la demora, debió evaluar si durante la sustanciación del procedimiento se prolongaría el estado de insatisfacción del derecho supraindividual a través de la repetición de las acciones ilícitas.

Respecto del factor de que dicho daño se torne en irreparable, según la Sala, resultaría difícil ejecutar algún tipo de reparación –como la devolución del dinero por los vinos– por las

dificultades para identificar a los perjudicados, que podrían haber desechado los envases y comprobantes de pago. Al respecto, el factor de la irreparabilidad del daño eleva, innecesariamente, la dificultad del cumplimiento del presupuesto del peligro en la demora. Así, a criterio de la Sala, se podría constatar el *daño*, pero si existiera un mecanismo reparatorio – como la devolución del dinero–, entonces no vale la pena el dictado de las medidas de anticipación de tutela.

Ambos órganos resolutivos –Comisión y Sala– coincidieron en la conclusión –decisión– del otorgamiento de la tutela anticipatoria solicitada. No obstante, preocupa la disidencia en los fundamentos, esto es, evalúan de forma distinta los tres presupuestos para el otorgamiento de las medidas anticipatorias de tutela. Además, la Comisión impuso el apercibimiento de las medidas coercitivas (multas sucesivas) a ambos proveedores en caso de incumplimiento.

Por lo expuesto, los órganos resolutivos sí aplicaron las técnicas procesales de anticipación de tutela y medidas coercitivas.

DATOS GENERALES DEL CASO

- N.º de expediente: 1302-2019/CC2
- Denunciante: Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Ancash (Acurea)
- Denunciado: Mercadolibre Perú S.R.L. (Mercado Libre)
- Fecha de inicio del procedimiento: 7 de octubre de 2019
- Órgano resolutorio de primer grado: Comisión de Protección al Consumidor n.º 2 del Indecopi (la Comisión)
- Órgano resolutorio de segundo grado: Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (la Sala)
- Materia: Cláusulas abusivas en comercio electrónico

ANÁLISIS DEL CASO

Breve exposición del caso	Resolución de Comisión	Resolución de la Sala
<p>La Acurea denunció a Mercado Libre por presuntas infracciones a las normas contenidas en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor (Código del Consumidor) en legitimación del interés colectivo de los usuarios.</p> <p>La Acurea manifestó que Mercado Libre provee el servicio de plataforma digital de intermediación –o plataforma de economía colaborativa– cuya denominación, por antonomasia, era <i>Mercado Libre</i> en la cual las personas pueden vender (usuario-vendedor) y comprar (usuario-comprador) productos por internet. Además, la Acurea verificó que Mercado Libre también ofrece los servicios de <i>Mercado Pago y Compra Protegida</i>. En los tres servicios, Mercado Libre consignaba cláusulas – términos y condiciones– a los cuales se podía acceder clicando en tres enlaces (<i>links</i>) disponibles en su plataforma unificada.</p>	<p>La Comisión, mediante la Resolución n.º 538-2020/CC2, resolvió denegar las medidas cautelares (<i>rectius</i>: medidas anticipatorias). La Comisión inició con el análisis del peligro en la demora. Así, al no haberse acreditado este, prescindió el análisis de los dos presupuestos restantes.</p> <p>Los fundamentos de la decisión de la Comisión fueron los siguientes:</p> <p>(i) Acurea no ha señalado cuáles serían los presuntos daños irreparables que se generarían a los consumidores y harían que el pronunciamiento de la Comisión devenga en ineficaz (fundamento n.º 26).</p> <p>(ii) Si los usuarios de las plataformas advierten afectaciones a sus derechos, tienen expedito su derecho de interponer denuncias (fundamento n.º 27).</p> <p>(iii) Citó la Resolución n.º 1816-2017/SPC-</p>	<p>En grado de apelación, la Sala, mediante la Resolución n.º 192-2021/SPC-INDECOPI, confirmó la decisión de primer grado que denegó la medida cautelar al no haberse configurado, en principio, el peligro en la demora.</p> <p>Los fundamentos fueron los siguientes:</p> <p>(i) Lo solicitado por Acurea consiste en una medida cautelar innovativa en tanto busca alterar el estado de cosas (fundamento n.º 36). Conforme con el autor Sartori, la irreparabilidad del perjuicio consiste en que de subsistir la situación, ocasionaría un daño irreparable al pretensor o dificultosa reparación (fundamento n.º 37).</p> <p>(ii) Si bien la Acurea señaló el presunto daño inminente que sí podría ocurrir en el caso concreto, no es suficiente para cumplir con el “peligro en la</p>

<p>En detalle, la Acurea postuló que Mercado Libre consignó veinte (20) cláusulas abusivas:</p> <p>(i) <i>Mercado Libre</i>: ocho (8) términos y condiciones de uso del sitio, <i>referentes</i> a que Mercado Libre se exime de responsabilidad sobre los productos ofertados en su plataforma, daños y perjuicios, fallas en el sistema, virus, etcétera.</p> <p>(ii) <i>Mercado Pago</i>: ocho (8) términos y condiciones, referentes a que Mercado Libre se exime de responsabilidad por la veracidad de los datos personales de los usuarios (vendedores y compradores), mandato irrevocable, no procesamiento de pagos sin justificación, modificación de términos en cualquier momento, no cesión de derechos.</p> <p>(iii) <i>Compra Protegida</i>: cuatro (4) términos y condiciones, atinentes a que Mercado Libre condiciona el acceso al programa a la renuncia a una acción legal o administrativa, modificación de términos en cualquier momento, suspensión de cobertura, etcétera.</p> <p>Posteriormente, la Acurea solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión el dictado de medidas cautelares de cese (<i>rectius</i>: medidas anticipatorias) según el siguiente detalle: (a) En beneficio del grupo de consumidores expuestos,</p>	<p>INDECOPI emitida por la Sala Especializa en Protección al Consumidor (en adelante la Sala) –en la que resuelve un caso individual– que, a efectos de verificar la existencia del peligro en la demora, se evalúa si la falta de otorgamiento de la medida cautelar solicitada generaría un perjuicio que no pueda ser revertido con las medidas correctivas ordenadas en el pronunciamiento final, pues de no ser así, no habría justificación (fundamento n.º 28).</p>	<p>demora” pues se requiere que el presunto daño sea <i>irreparable</i> (fundamento n.º 42).</p> <p>(iii) Empero, ya en vía de apelación, la Acurea señaló que la imposibilidad de reparar los futuros daños se evidenciaba en la naturaleza de la cláusulas (fundamento n.º 44); más allá de esto, la Acurea no especificó de qué manera el hecho de <i>aplicar</i> las cláusulas produciría un perjuicio irreparable (fundamento n.º 45).</p> <p>(iv) De la revisión de las cláusulas, se desprende que <i>no</i> existiría un perjuicio irreparable en caso fueran aplicadas, dado que (fundamento n.º 50):</p> <p>(a) La aplicación de las cláusulas referidas a la exoneración de responsabilidad de Mercado Libre, no son obstáculos para que los consumidores puedan denunciar, en un procedimiento particular, la responsabilidad y aplicación de las cláusulas.</p> <p>(b) La aplicación de las cláusulas de Mercado Pago y Compra Protegida, no restringen la acción para su declaración de abusivas e inaplicación, ni las responsabilidades correspondientes por</p>
---	--	--

<p>titular del interés difuso: Retirar las cláusulas denunciadas de los términos y condiciones de la plataforma y (b) en beneficio del grupo de consumidores contratantes, titular del interés difuso: Abstenerse de aplicar las cláusulas a los usuarios contratantes.</p>		<p>causar algún perjuicio.</p> <p>(v) La aplicación de muchas de las cláusulas abusivas podrían ser resarcidas patrimonialmente, considerando que los bienes materia de transacción en las plataformas de Mercado Libre tienen carácter económico (fundamento n.º 51).</p> <p>(vi) Finalmente, la Sala manifestó que, en casos anteriores, había ratificado la concesión de medidas cautelares en tanto se probó el “peligro en la demora”, tal como la difícil reparación hacia los consumidores universitarios a quienes se les cobraba más del 50% del valor del pasaje adulto, dada las dificultades probatorias para la identificación de los perjudicados y que podían haber desechado los boletos (fundamento n.º 54).</p>
---	--	---

CONCLUSIÓN

La Comisión ha evaluado el presupuesto del peligro en la demora con la conjunción de dos factores: (a) posibilidad de que se cauce algún daño y (b) que dicho daño se torne en *irreparable*. Estos factores no solo son distintos a los asumidos en la presente tesis sino que la contradicen. Ya se había dicho que los derechos supraindividuales –difuso y colectivo– son inviolables *per se* en tanto derechos humanos y fundamentales. Por tanto, el peligro en la demora no debe tener como eje al daño sino al estado de satisfacción de los derechos supraindividuales (alteridad).

Incluso, la Comisión esboza un fundamento que desnaturaliza al derecho colectivo en cuanto a su indivisibilidad. Así, ha dicho que si los usuarios de las plataformas advierten afectaciones a sus derechos, tienen expedito su derecho de interponer denuncias. Se debe descartar este fundamento en tanto lo que pretende la asociación es la tutela del grupo quien es el titular del derecho colectivo (Didier y Zaneti, 2019, p. 48) y no los consumidores y usuarios considerados como simples individuos. El fundamento de la Comisión vacía de contenido la utilidad del procedimiento *colectivo* creado, justamente, para la tutela grupal colectiva y no individual.

En su inconsistencia argumentativa, la Comisión citó una resolución que resulta impertinente por dos razones. En primer lugar, mediante aquella decisión se resolvió un caso individual cuya pretensión fue netamente patrimonial (devolución de dinero). En segundo lugar, los pedidos de anticipación de tutela de Acurea –retiro de cláusulas y abstención de aplicación– sí estaban en sintonía con la cesación de prolongación del estado de insatisfacción de los derechos supraindividuales –difuso y colectivo–, mientras duraba el procedimiento (peligro en la tardanza).

En grado de apelación, la Sala también evalúa el presupuesto del peligro en la demora con la conjunción de dos factores: (a) posibilidad de que se cauce algún daño y (b) que dicho daño se torne en *irreparable*. Ya se ha adelantado *supra* el desacuerdo sobre este tipo de evaluación. Asimismo, no pasa desapercibido que el autor Sartori se ha constituido como una fuente de autoridad para la Sala que origina y respalda este tipo de razonamiento. No obstante, dicho autor no se ha caracterizado por su producción en temas de tutela colectiva de grupos; de allí que tampoco ninguno de los autores consultados para esta tesis lo consideren.

A mayor abundamiento, el mismo Marinoni (2016) desestima el elemento del daño, el cual solo es indispensable para obligaciones de resarcimiento (p. 347). El resarcimiento en metálico, como forma de tutela de los derechos, no está de acuerdo con los valores del Estado constitucional. El deber estatal exige preocupación de los derechos fundamentales, con la tutela de la *integridad* del derecho del consumidor, a la salud, a la educación, etc. (Marinoni, 2017, p. 23).

Respecto del factor de que dicho daño se torne en irreparable, según la Sala, la aplicación de muchas de las cláusulas *sí* podrían resarcirse patrimonialmente. Así, a criterio de la Sala, no vale la pena el dictado de las medidas de anticipación de tutela. Queda, pues, en evidencia la lógica resarcitoria asumida por la Sala, propia de un Estado protector del mercado y no de ciudadanos (Marinoni, 2017, p. 22).

El daño es una consecuencia contingente –y no necesaria– del acto ilícito. En la hipótesis del daño, ya no se trataría de un derecho supraindividual –difuso o colectivo– sino de derechos individuales homogéneos de origen común –hecho dañoso– cuyo objeto procesal sería el mandato de la autoridad para el resarcimiento según las particularidades de cada caso. Por tanto, es un sinsentido pretender la anticipación de tutela –preventiva– de aquello que ya se ha dañado.

Según lo expuesto, no resulta extraño el grave equívoco incurrido por la Sala al citar aquellos casos anteriores. Esto porque la identificación de los perjudicados con fines de una plausible reparación no guarda afinidad con la tutela de derechos supraindividuales sino de derechos individuales homogéneos. En estos, los titulares son los *miembros* del grupo y no el grupo; de aquí, se explica que los derechos son divisibles. Su nota definitoria es la existencia de la afectación del grupo; por lo cual, es una clase *necesariamente afectada* (Corominas, 2015, p. 73). Por tanto, no cabe una tutela preventiva sino exclusivamente la tutela como respuesta a la producción del daño (Corominas, 2015, p. 74).

Ambos órganos resolutivos –Comisión y Sala– denegaron la solicitud de anticipación de tutela evaluando, únicamente y en principio, el presupuesto del peligro en la demora. Se han expuesto las razones que dan cuenta de los graves equívocos incurridos por ambos órganos. Así, ante la denegatoria en ambos grados, no se ha podido impedir la permanencia de las veinte cláusulas probablemente abusivas, mientras se prolonga el tiempo del procedimiento (peligro en la tardanza según Calamandrei citado por Proto, 2018, pp. 645 y 646).

Por lo expuesto, se verifica que ambos órganos resolutivos –Comisión y Sala– inaplicaron las técnicas procesales de anticipación de tutela y las medidas coercitivas.

DATOS GENERALES DEL CASO

- N.º de expediente: 13-2020/CPC-INDECOPI-ANC
- Denunciante: Asociación de Consumidores y Usuarios de la Región Ancash (Acurea)
- Denunciada: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (Unasam)
- Fecha de inicio del procedimiento: 26 de junio de 2020
- Órgano resolutorio de primer grado: Comisión de la Oficina Regional del Indecopi Ancash sede Chimbote (la Comisión)
- Órgano resolutorio de segundo grado: Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (la Sala)
- Materia: Documentación innecesaria y condicionamiento de contratación

ANÁLISIS DEL CASO

Breve exposición del caso	Resolución de Comisión	Resolución de la Sala
<p>La Acurea denunció a la Unasam por presuntas infracciones a las normas contenidas en la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor (Código del Consumidor) en legitimación del derecho colectivo y difuso del grupo de usuarios.</p> <p>La Acurea manifestó que la Unasam exigía a los usuarios 89 documentaciones innecesarias para los siguientes servicios y procedimientos, acciones que presuntamente infringían las normas contenidas en los artículos 1.1 literal c) y 56.1 literal g) del Código del Consumidor:</p> <p>(i) Inscripción y proceso de admisión a los programas de maestría y doctorados para egresados de pregrado de la Unasam y otras universidades.</p> <p>(ii) Primera matrícula y matrículas posteriores en estudios de maestría y doctorado.</p>	<p>La Comisión, mediante la Resolución Final n.º 166-2020/INDECOPI-CHT, resolvió lo siguiente:</p> <p>(i) Declaró infundada la denuncia colectiva respecto de la exigencia de doce (12) documentos innecesarios.</p> <p>(ii) Declaró fundada la denuncia colectiva respecto de las exigencias de 77 documentos innecesarios, con la sanción de 5 UIT.</p> <p>(iii) Declaró fundada la denuncia colectiva respecto del condicionamiento de estudiar exclusivamente en el Centro de Idiomas de la Unasam para la presentación, revisión y sustentación de la tesis de maestría y doctorado, con la sanción de 7 UIT.</p> <p>(iv) Denegó las solicitudes de la Acurea consistentes en la (a) devolución a los usuarios de los pagos</p>	<p>En grado de apelación, la Sala, mediante la Resolución n.º 293-2021/SPC INDECOPI, resolvió revocar la decisión de primer grado que declaró improcedente la medida cautelar y la declaró procedente; y devolvió para un nuevo pronunciamiento.</p> <p>Las razones fueron las siguientes:</p> <p>(i) La primera instancia no consideró que, al emitir un pronunciamiento sobre el fondo, únicamente ponía fin a la instancia más no al procedimiento, en la medida que resolución no agotaba la vía administrativa y no tenía la calidad de firme (fundamento n.º 57).</p> <p>(ii) Si bien en la decisión de primer grado se dictaron medidas correctivas, no es menos cierto que no pueden exigirse la ejecución de dichos mandatos a la Unasam dado que ambas partes apelaron; por tanto, se</p>

<p>(iii) Constancias de egresados y estudios de maestría y doctorado,</p> <p>(iv) Presentación, revisión y sustentación de tesis de maestría y doctorados a egresados de la Unasam y de otras universidades,</p> <p>(v) Otorgamiento de grado académico de maestro y doctor, y</p> <p>(vi) Duplicado de diploma de grados académicos y título profesional.</p> <p>Así también, la Acurea manifestó que la Unasam condicionaba la presentación, revisión y sustentación de la tesis de maestría y doctorado (egresados de la Unasam y de otras universidades) a estudiar únicamente en el Centro de Idiomas de la Unasam. Esta acción era una presunto ilícito contra la norma contenida en el artículo 56.1 literal a) del Código del Consumidor.</p> <p>Posteriormente, la Acurea solicitó al Secretario Técnico o, en todo caso, a la Comisión que dicte la medida cautelar de cesación de los 90 actos permanentes ilícitos.</p>	<p>efectuados por la expedición de la documentación innecesaria y (b) pagar a los usuarios egresados de otras universidades los gastos incurridos distintos a los anteriores; la razón es que no obran medios probatorios.</p> <p>(v) Ordenó a la Unasam abstenerse de exigir los 77 documentos innecesarios y del condicionamiento de estudiar exclusivamente en el Centro de Idiomas de la Unasam, en el plazo de quince días hábiles desde que la resolución adquiriera firmeza.</p> <p>(vi) Declaró improcedente la medida cautelar interpuesta por la Acurea por <i>sustracción de la materia</i> en tanto se había emitido la decisión de grado.</p>	<p>suspendían sus efectos (fundamento n.º 64).</p> <p>(iii) Se aprecia que Acurea presentó su solicitud cautelar antes de la emisión de la decisión que puso fin a la instancia; por tanto, no era necesario que la Comisión espere hasta la resolución sobre el fondo para recién pronunciarse sobre el pedido cautelar, más aún si se invocaba la urgente necesidad de una tutela preventiva (fundamento n.º 65).</p>
---	--	---

CONCLUSIÓN

La decisión de la Comisión es temerariamente errónea. Tal como lo alegó la Acurea en su apelación, la decisión estimatoria de primer grado no da lugar al rechazo automático de la providencia anticipatoria, pues mientras aquella no adquiriera firmeza, sus mandatos de abstención de requerir documentación innecesaria y condicionar el certificado del idioma extranjero son ineficaces. De este modo, el peligro en la tardanza persistirá hasta que la Sala resuelva el procedimiento principal en grado de apelación en 120 días hábiles.

De otro lado, no se puede estar más de acuerdo con los fundamentos de la Sala. Sin embargo, el extremo de la decisión de devolver el expediente para un nuevo pronunciamiento por la Comisión, tributa en el peligro de la demora, en su vertiente del peligro en la tardanza (Calamandrei citado por Proto, 2018, pp. 645 y 646). La Sala contaba, en autos, con los elementos probatorios suficientes para emitir una decisión sobre el fondo pero no lo hizo. Así,

una vez más, se verifica la inaplicación de técnicas adecuadas oportunas para la tutela preventiva de derechos supraindividuales.

Ambas decisiones constituyen formas de inaplicación de técnicas adecuadas como la anticipación de tutela y medidas coercitivas para un caso que sí lo requiere. Nada ha podido impedir la repetición de las 90 acciones ilícitas en perjuicio del grupo de usuarios y conjunto de personas expuestas, mientras se sustancia el procedimiento colectivo.

Por lo expuesto, se verifica que los órganos resolutivos –Comisión y Sala– inaplicaron las técnicas procesales de anticipación de tutela y las medidas coercitivas.



DECLARACION JURADA DE AUTORÍA

Yo, **HUGO OLIMPIO CARBAJAL BAZÁN**
estudiante de la

Facultad:	Ciencias		Educación	X	Ingeniería	
Escuela Profesional:	DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS					
Departamento Académico:	DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS					
Escuela de Posgrado	Maestría			Doctorado		

Programa:

De la Universidad Nacional del Santa; Declaro que el trabajo de investigación intitulado:

**«INAPLICACIÓN DE TÉCNICAS ADECUADAS EN EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO
IMPIDE LA TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES DE LOS
CONSUMIDORES»**

presentado en **326** folios (más anexos) para la obtención del Grado académico: ()

Título profesional: (X) Investigación anual: ()

- He citado todas las fuentes empleadas, no he utilizado otra fuente distinta a las declaradas en el presente trabajo.
- Este trabajo de investigación no ha sido presentado con anterioridad ni completa ni parcialmente para la obtención de grado académico o título profesional.
- Comprendo que el trabajo de investigación será público y por lo tanto sujeto a ser revisado electrónicamente para la detección de plagio por el VRIN.
- De encontrarse uso de material intelectual sin el reconocimiento de su fuente o autor, me someto a las sanciones que determinan el proceso disciplinario.

Nuevo Chimbote, 5 de agosto de 2021

Firma:

Nombres y Apellidos: **HUGO OLIMPIO CARBAJAL BAZÁN**

DNI: **46290119**