

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
QUINTA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON
SUBESPECIALIDAD EN TEMAS DE MERCADO

SUMILLA: “En el presente caso, la verosimilitud que invoca Uber Perú versa sobre la nulidad de la Resolución N° 1251-2018/CC2, de fecha 8 de junio de 2018, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 de la Sede Central del Indecopi; por lo cual el análisis se circunscribe a lo considerado y resuelto en dicha resolución y no en otras.

Dado que la autoridad administrativa tiene la obligación de resolver los casos que se le plantean con el material probatorio obtenido y las facultades conferidas por ley; preliminarmente, no se advertiría en vía cautelar, que la Resolución N° 1251-2018/CC2 haya incurrido en arbitrariedad por haber resuelto sin esperar las resueltas del expediente administrativo 121-2016/CC3; más aún cuando en la aludida resolución administrativa no existe ninguna referencia a tal alegación planteada por Uber Perú al solicitar cautela (sobre la supuesta necesidad de esperar que en otro procedimiento se defina la calidad de proveedor de Uber Perú). / Preliminarmente no se advertiría error por parte de la administración al aplicar para el caso de Uber Perú, lo establecido en el artículo 4B del Reglamento del Libro de Reclamaciones./ En cualquier caso, como lo que es objeto de controversia es la interpretación del artículo 4B del Reglamento del Libro de Reclamaciones, en sede cautelar, corresponde la aplicación del principio pro consumidor regulado en el numeral 2 del Artículo V del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor, según el cual en cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores y en caso de duda insalvable en el sentido de las normas, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.»

Expediente : **8596-2018-83**
Solicitante : Uber Perú S.A.
Materia : Oposición a Medida Cautelar – Protección al consumidor
Procedencia : Vigésimo Cuarto Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado

AUTO DE VISTA

Señores:

TORRES GAMARRA
DÁVILA BRONCANO
NÚÑEZ RIVA

RESOLUCIÓN NÚMERO OCHO

Lima, uno de abril de dos mil diecinueve

AUTOS Y VISTOS: Puestos los autos para resolver, con la prórroga concedida; e interviene como ponente, el juez superior Torres Gamarra.

RESOLUCIÓN MATERIA DE GRADO

Es objeto de apelación el **AUTO (RESOLUCIÓN SEIS)** de fecha 11 de octubre de 2018¹, que declara infundada la oposición formulada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual².

FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

La decisión de la jueza de primera instancia de declarar infundada la oposición a la medida cautelar concedida se sustenta, medularmente, en las consideraciones siguientes:

1.- Si bien en la Resolución N° 1251-2018/CC2, la Comisión resolvió que la relación existente entre Uber Perú y sus usuarios era una relación de consumo, debe tenerse en cuenta que al parecer no habría tenido certeza que dicha empresa sea proveedora respecto a la aplicación, y ello se habría vislumbrado en el procedimiento iniciado de oficio por la administración en el expediente 121-2016/CC3, pues al existir duda de ello tampoco existiría certeza que Uber Perú tenga legitimidad para obrar pasiva en el procedimiento administrativo que devino en la Resolución N° 1251-2018/CC2.

De la lectura de la Resolución N° 1251-2018/CC2, se advierte que la Comisión solo habría analizado el objeto social de la empresa y el portal web para concluir que Uber Perú tenía legitimidad para obrar pasiva; sin embargo, ello no sería suficiente justamente porque se encontraría pendiente un pronunciamiento definitivo en el Expediente 121-2016/CC3, que al parecer aún no se habría expedido y que tampoco el Indecopi se ha pronunciado en su escrito de oposición.

2.- Al no haberse determinado en apariencia, a nivel administrativo, una relación de consumo entre Uber Perú y los consumidores por el uso de la aplicación, tampoco se podría determinar por ahora la responsabilidad de dicha empresa, por la presunta infracción al artículo 150° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto de la obligación de contar con un Libro de Reclamaciones Virtual en su aplicativo móvil.

3.- Da la impresión que el artículo 4B del Reglamento del Libro de Reclamaciones obligaba implementar un Libro de Reclamaciones Virtual a aquellos establecimientos comerciales que cuenten con un portal web, el mismo que debía estar diseñado para establecer relaciones de consumo; en ese sentido, de una interpretación literal de dicha norma daba la impresión que la Comisión habría equiparado los conceptos “portal web” y “aplicación móvil”, y habría aplicado la analogía para poder resolver declarando la responsabilidad del proveedor.

¹ Véase folios 550 a 557 del cuaderno cautelar electrónico.

² En adelante, el Indecopi.

5.- En lo referente a la supuesta inexistencia del peligro en la demora, el requisito del peligro en la demora resultaba atendible en atención a las características de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo contenido en la Resolución 1251-2018/CC2, pues ante el incumplimiento de la medida correctiva ordenada el Indecopi continuará con la ejecución de la misma, pudiendo generarse un perjuicio económico a Uber Perú.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO IMPUGNATORIO

El Indecopi apela la resolución número seis, con la que se declara infundada su oposición a la medida cautelar concedida³, con los siguientes fundamentos:

1.- El Juzgado sustentó su pronunciamiento en la Resolución N° 0369-2018/SPC-INDECOPI. Dicha resolución corresponde a un procedimiento administrativo distinto al que dio origen al presente proceso. Fue expedido por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi, en el marco del expediente N° 0121-2016/CC3, al resolver la nulidad de la Resolución N° 085-2017/CC3, toda vez que, en dicho caso, la Comisión no realizó una suficiente actuación de medios probatorios a efectos de determinar la legitimidad para obrar pasiva de UBER Perú. No es aceptable que el Juzgado utilice un criterio vertido en un procedimiento ajeno, a pesar de que pueda guardar ciertas similitudes con el que es objeto del presente proceso, para fundar su pronunciamiento. Ello en la medida que carece de todos los elementos necesarios para determinar si aquel criterio resulta aplicable al presente caso.

2.- En relación a lo señalado por el Juzgado, respecto a que no se habría pronunciado sobre el tema de fondo, al haber utilizado verbos subjuntivos, corresponde señalar que ello no niega de forma alguna su adelanto de opinión. En efecto, el Juzgado ha sido claro al señalar lo siguiente: *En tal sentido, de la revisión de la resolución impugnada, tal como se encuentra redactada, advertimos que la Comisión no habría valorado todos los medios probatorios presentados por Uber Perú dirigidos a acreditar su falta de legitimidad para obrar pasiva, con lo cual probablemente la recurrente podría ver amparada su demanda al no estar debidamente motivada la resolución impugnada, por lo que la verosimilitud del derecho en relación a los argumentos materia de análisis ut supra ha sido acreditada.* Llegar a dicha conclusión evidentemente amerita un análisis de fondo del caso, pues el Juzgado ha tenido que analizar no solo lo resuelto en la Resolución N° 1251-2018/CC2, sino todo el expediente administrativo, supuesto que contradice la provisionalidad del proceso cautelar. Esto deja en evidencia el adelanto de opinión por parte del Juzgado, pues su conclusión es clara: El Indecopi no valoró los medios probatorios que obran en el expediente administrativo; conclusión por demás adelantada e inconsistente al no haber tenido acceso al expediente administrativo.

³ Véase escrito de apelación obrante de folios 558 a 564 del cuaderno cautelar electrónico.

3.- Si bien el artículo 4°B constituye la norma especial, este no niega el hecho que el artículo 4° del Reglamento del Libro de Reclamaciones y el artículo 150° del Código, imponen al proveedor la obligación de contar con un Libro de Reclamaciones de forma física o virtual.

En efecto, el artículo 4°B no exime a los proveedores que prestan servicios a través de aplicativos, de la obligación impuesta en el artículo 4° del Reglamento o en el artículo 150° del Código, la misma que los compele a contar con un Libro de Reclamaciones. El Juzgado omite considerar este hecho cierto e innegable, pasando por alto una obligación legalmente establecida. Y en todo caso, cabe resaltar que, si el Juzgado tenía reparos respecto a la aplicación del artículo 4° del Reglamento del Libro de Reclamaciones, debió considerar el Principio Pro Consumidor para resolver la medida cautelar solicitada. En efecto, dicho principio implica la protección del consumidor ante ambigüedades derivadas de las relaciones de consumo.

En el presente caso, el Juzgado no ha aplicado el artículo 4°, el artículo 4°B del Reglamento, ni el artículo 150° del Código, dejando así desprotegido al consumidor, lo que contradice el deber tuitivo del Estado sobre el que se sustenta el Principio Pro Consumidor.

4.- En cuanto a la supuesta existencia de un peligro en la demora, no es consistente, pues la duración del presente proceso judicial no representa para la contraparte un riesgo latente de que sus intereses o pretensiones se vean perjudicados en forma inminente e irreparable. En efecto, el peligro en la demora constituye una inminencia de peligro, un carácter de urgencia derivado del hecho que, ante la demora de tutela, se transformaría en daño efectivo o se agravaría el ya ocurrido. En el presente caso, ¿cuál sería el perjuicio irreparable que se le causaría a Uber Perú? El Juzgado solo se limita a señalar que la ejecución de la Resolución N° 1251-2018/CC2 implicaría la imposición de multas ante la supuesta imposibilidad de cumplir con la medida correctiva (implementación de un Libro de Reclamaciones). Al respecto, en caso del cobro de multas a Uber Perú, en el supuesto negado que la demanda eventualmente sea declarada fundada, el Indecopi se vería obligado a disponer la devolución de las multas impuestas, reparando así el daño económico ocasionado.

FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPERIOR

PRIMERO: El artículo 364 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente proceso, establece que: *“El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional Superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente”*.

SEGUNDO: Los artículos 38° y 39° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo⁴, con relación a la medida cautelar en el proceso contencioso administrativo, establecen lo siguiente:

Artículo 38.- Oportunidad

La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley.

Artículo 39.- Requisitos

La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.

2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.

3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.

Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar.

Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria.

Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela.

TERCERO: De las normas antes glosadas y en concordancia con los artículos 611° y 613° del Código Procesal Civil⁵ se desprende que:

⁴ En adelante, el TUO de la Ley N° 27584.

⁵ Véase artículos 611° y 613° del Código Procesal Civil, modificados por el Artículo único de la Ley N° 29384, publicada el 28 junio 2009:

Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.

2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.

3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

Artículo 613.- Contracautela y discrecionalidad del juez

1.- La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado el proceso o dentro de este, en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada; siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

2.- Para el otorgamiento de la medida cautelar, se necesita que de los fundamentos expuestos por el solicitante, se verifique la concurrencia de presupuestos y elementos indispensables, estos son: verosimilitud, peligro en la demora, razonabilidad y adecuación.

3.- Para su ejecución, toda medida cautelar requerirá de contracautela, que es la garantía personal o real que ofrece el solicitante para resarcir al demandado o terceros de los posibles daños y perjuicios que ocasione por la ejecución de la medida cautelar. No es requisito para el otorgamiento de la medida cautelar, sino para su ejecución y debe ser eficiente para garantizar la medida que fuera otorgada. El juez atenderá a la naturaleza de la pretensión, para poder exigir garantía distinta a la caución juratoria.

4.- Asimismo, respecto del trámite de la medida cautelar, el artículo 637 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente caso⁶, establece:

Artículo 637.- Trámite de la medida

La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial (el resaltado es nuestro).

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte.

Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo.”

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

⁶ Véase artículo 38 del TUO de la Ley N° 27584 que establece: “La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva. Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley.”

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo (el resaltado es nuestro).

Sobre la medida cautelar concedida

CUARTO: Mediante escrito presentado el 24 de julio de 2018, Uber Perú S.A.⁷ solicitó como medida cautelar, la suspensión de los efectos de la Resolución Final N° 1251-2018/CC2-INDECOPI, de fecha 8 de junio de 2018, expedida por la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 de la Sede Central del Indecopi, en el extremo que les ha ordenado: i) implementar el Libro de Reclamaciones en una aplicación móvil; ii) sancionarla con una multa ascendente a 3.26 Unidades Impositivas Tributarias⁸, por infracción al artículo 150° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; iii) declararle responsable por infracción al artículo 150° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

La empresa solicitante sustentó la verosimilitud de su derecho en los siguientes argumentos:

- i. Se le sanciona y se le ordena implementar un libro de reclamaciones en la aplicación, a pesar de que no es propietaria de dicha aplicación y menos aún es titular de la relación de consumo como consecuencia de su uso, careciendo de legitimidad pasiva.
- ii. Se le sanciona y se le ordena implementar un libro de reclamaciones virtual en la aplicación, cuando no existe norma alguna que establezca dicha obligación para aplicaciones, y se trata de una obligación de imposible cumplimiento, en la medida que no es titular de la aplicación.

Sobre el peligro en la demora sustenta su pedido en que la imposición de la medida correctiva conllevaría a que tenga que cumplir una obligación que le resulta imposible, toda vez que no administra ni opera la aplicación. Además, en que tendría que acreditar dicho mandato, bajo apercibimiento de imponérsele nueva sanción.

Mediante Resolución N° 2, de fecha 23 de agosto de 2018, la jueza de primera instancia resolvió conceder la medida cautelar solicitada. Se basó en los siguientes fundamentos:

- i. Si bien la Resolución Final N° 1251-2018/CC2 resolvió que la relación existente entre Uber Perú y sus usuarios era una relación de consumo, donde esta actuaría como proveedora del servicio de transporte; al encontrarse pendiente de resolver dicha cuestión en el procedimiento de oficio seguido en Expediente 121-2016/CC3;

⁷ En adelante, Uber Perú.

⁸ En adelante, UIT.

todavía existiría duda para la propia Administración que la recurrente sea proveedora en relación a la aplicación.

- ii. De una interpretación literal del artículo 4B del Reglamento del Libro de Reclamaciones, se advertiría que el libro de reclamaciones de naturaleza virtual solo podría ser exigible a aquellos establecimientos comerciales que cuenten con un portal web, el mismo que debe estar diseñado para establecer relaciones de consumo. La jueza de primera instancia refiere que, de la revisión de la resolución impugnada, tal como se encuentra redactada, tiene una ligera impresión que la Comisión podría haber confundido los conceptos de “portal web” y “aplicación móvil” equiparándolos, y con ello de manera análoga, determinando un supuesto de hecho que en apariencia no correspondería como sancionable; incluso la Comisión no sustentaría el por qué considera que los aplicativos móviles constituyen portales web, con lo cual la recurrente podría ver amparada su demanda al aparentemente no estar debidamente motivada la resolución impugnada en el extremo cuestionado.

Con escrito de fecha 6 de setiembre de 2018, el Indecopi presentó escrito de oposición contra la precitada Resolución N° 2.

Mediante Resolución N° 6, de fecha 11 de octubre de 2018, que es objeto de apelación, la A quo resolvió declarar infundada la oposición del Indecopi.

Cabe indicar que Uber Perú no ha formulado cuestionamiento alguno a la motivación de la Resolución N° 2 que concede la medida cautelar a su favor; por lo cual el análisis de los argumentos de apelación está delimitado por lo resuelto en la precitada Resolución N° 2 y en la Resolución N° 6 que declara infundada la oposición a la medida cautelar.

Absolución de agravios

QUINTO: En relación al argumento 1 del acápite “Fundamentos del recurso impugnatorio”, con el que el Indecopi cuestiona que el Juzgado, para conceder la medida cautelar solicitada, haya utilizado un criterio vertido en un procedimiento ajeno, debemos precisar lo siguiente:

1.- La Resolución N° 2, de fecha 23 de agosto de 2018, con la que la jueza de primera instancia concedió la medida cautelar en cuestión, consideró, que existe duda por parte de la Administración en lo referente a que la recurrente tenga la calidad de proveedora, por lo resuelto en el expediente 121-2016/CC3, en el que el Tribunal del Indecopi emitió la Resolución N° 369-2018/SPC-INDECOPI con la que resolvió declarar la nulidad de la Resolución N° 085-2017/CC3, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor N° 3;

por cuanto dicho órgano resolutorio no habría realizado la suficiente actuación de medios probatorios a efectos de determinar la legitimidad para obrar pasiva de Uber Perú.

2.- Por su parte, el Indecopi al oponerse a la medida cautelar cuestionó los citados argumentos de la jueza de primera instancia, señalando que se fundan en actuaciones ajenas y no en la Resolución N° 1251-2018/CC2. Este fundamento del Indecopi es desestimado por en primera instancia, con la Resolución N° 6, que es objeto de apelación, en los siguientes términos:

«Si bien esta Judicatura hizo referencia a la Resolución 0369-2018/SPC-INDECOPI expedida por el Tribunal en el Expediente 121-2016/CC3, ello fue para tomar como referencia otros procedimientos en donde el Tribunal habría resuelto suspender el procedimiento para que sea la Comisión quien emita un nuevo pronunciamiento de manera motivada sobre todos los argumentos y pruebas presentadas respecto si Uber Perú era o no propietaria del servicio a través de la Aplicación y si existía una relación de consumo entre Uber Perú y los consumidores por el uso de la Aplicación.

Incluso, esta Judicatura advirtió de la propia lectura de la Resolución N° 1251-2018/CC2, que la Comisión solo habría analizado el objeto social de la empresa y el portal web para concluir que Uber Perú tenía legitimidad para obrar pasiva; sin embargo, consideramos que ello no sería suficiente justamente porque se encontraría pendiente un pronunciamiento definitivo en el Expediente 121-2016/CC3, que al parecer aún no se habría expedido y que tampoco el Indecopi se ha pronunciado en su escrito de Oposición.

En ese sentido, si bien la Resolución Final N° 1251-2018/CC2 resolvió que la relación existente entre Uber Perú y sus usuarios era una relación de consumo, donde esta actuaría como proveedora del servicio de transporte; al encontrarse pendiente de resolverse dicha cuestión en el procedimiento de oficio Expediente 121-2016/CC3, todavía existiría duda para la propia Administración que la recurrente sea proveedora en relación a la aplicación, por lo que consecuentemente tampoco existiría certeza que la recurrente tenga legitimidad para obrar pasiva en el procedimiento administrativo cuestionado en el presente proceso; *máxime* si la Comisión solo habría analizado el objeto social de la empresa y el portal web para llegar a la conclusión que la recurrente tenía legitimidad para obrar pasiva, lo que no resultaría suficiente para determinar la legitimidad de la recurrente.» El resaltado es nuestro.

3.- Ahora bien, se advierte que la jueza ampara la verosimilitud del derecho invocado por Uber Perú, en el extremo que ataca la Resolución N° 1251-2018/CC2, por considerar que la existencia de tres procedimientos administrativos (Expediente 330-2018/PS1, Expediente 39-2016/PS1 y Expediente 1351-2017/PS1) en los que se ordenó la suspensión del procedimiento, hasta que se emita un pronunciamiento final en sede administrativa, acorde con lo establecido en la Resolución 0369-2018/SPC-INDECOPI, emitida en el Expediente N° 121-2016/CC3 (referente a determinar cuál es la empresa responsable de la administración del aplicativo Uber), generan la apariencia de que *existiría duda para la propia Administración que la recurrente sea proveedora en relación a la aplicación, por lo que consecuentemente tampoco existiría certeza que la recurrente tenga legitimidad para obrar pasiva en el procedimiento administrativo cuestionado en el presente proceso.*

4.- Este argumento de la jueza de primera instancia que se sustenta en resoluciones administrativas diferentes a la que es objeto del pedido cautelar, es incorrecto. En el presente caso, la verosimilitud que invoca Uber Perú versa sobre la nulidad de la Resolución N° 1251-2018/CC2, de fecha 8 de junio de 2018, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 de la Sede Central del Indecopi; por lo cual el análisis se circunscribe a lo considerado y resuelto en dicha resolución y no en otras.

5.- Asimismo, es importante referir, a modo ilustrativo, que la figura de la suspensión regulada en los artículos 64° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁹ y en el artículo 65° del Decreto Legislativo N° 807¹⁰, únicamente se da en caso exista conflicto con la función jurisdiccional; esto es, cuando se precise de una declaración previa de un juez, emitida en un proceso judicial y no por parte de otra entidad administrativa. Este razonamiento ha sido regulado en el Decreto Legislativo N° 1272, que incorpora el artículo 41-A a la Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece:

«Artículo 41-A.- Validez de actos administrativos de otras entidades y suspensión del procedimiento

Salvo norma especial, en la tramitación de procedimientos administrativos las entidades no pueden cuestionar la validez de actos administrativos emitidos por otras entidades que son presentados para dar cumplimiento a los requisitos de los procedimientos administrativos a su cargo. **Tampoco pueden suspender la tramitación de los procedimientos a la espera de resoluciones o información provenientes de otra entidad.»**

Por consiguiente, dado que la autoridad administrativa tiene la obligación de resolver los casos que se le plantean con el material probatorio obtenido y las facultades conferidas por ley; preliminarmente, no se advertiría en vía cautelar, que la Resolución N° 1251-2018/CC2 haya incurrido en arbitrariedad por haber resuelto, sin esperar el resultado del expediente administrativo 121-2016/CC3; más aún cuando en la aludida resolución administrativa no existe ninguna referencia a tal alegación planteada por Uber Perú al solicitar cautela (sobre

⁹ Véase artículo 64° de la Ley N° 27444:

«Artículo 64.- Conflicto con la función jurisdiccional

64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso.»

¹⁰ Véase artículo 65° del Decreto Legislativo N° 807:

«Artículo 65.- Los órganos funcionales de Indecopi suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi.»

la supuesta necesidad de esperar que en otro procedimiento se defina la calidad de proveedor de Uber Perú).

6.- Además, es importante anotar que la jueza de primera instancia sustenta su decisión de conceder la medida cautelar en la presunta duda por parte de la administración, sobre la existencia de la relación de consumo en la que Uber Perú tiene la calidad de proveedor del servicio de taxi a través de una plataforma de internet. Sin embargo, tal duda o incertidumbre, no se desprendería de la motivación de la Resolución N° 1251-2018/CC2, en la que se afirmó de manera contundente que: *“... la relación existente entre Uber y sus usuarios, es una relación de consumo, donde actúa como proveedor del servicio de transporte ...”*

7.- De otra parte, cabe argumentar que no se puede sustentar la verosimilitud de un derecho que se invoca en sede cautelar, en la duda; pues ello es contradictorio. Si el juez tiene dudas sobre la validez del acto administrativo, cuyos efectos se pretenden suspender en sede cautelar, quiere decir que no tiene claro sobre si lo resuelto es correcto o no; por lo que no hay verosimilitud del derecho que se invoca, la misma que solo podrá ser amparada cuando el juez tiene la certeza de que existe una alta probabilidad de que la demanda va ser amparada.

Por consiguiente los argumentos desarrollados por la jueza de primera instancia para amparar la verosimilitud del derecho invocado, en este extremo, son incorrectos.

SEXTO: En relación al argumento 2 del acápite “Fundamentos del recurso impugnatorio”, con el que el Indecopi arguye que el juez ha incurrido en un adelanto de opinión, debemos precisar lo siguiente:

1.- El control jurídico sobre la Resolución N° 1251-2018/CC2, cuestionada en el proceso principal, de conformidad con lo establecido en el artículo 148° de la Constitución Política del Perú y del artículo 1° de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo, lo efectúa el juez, al expedir sentencia, luego de valorar y actuar los medios probatorios, resolviendo si la resolución administrativa impugnada judicialmente es nula o no.

En el presente caso, se advierte que la Resolución N° 2, de fecha 23 de agosto de 2018, con la que se resolvió conceder la solicitud de medida cautelar formulada por Uber Perú y que es objeto de oposición por parte del Indecopi, ordenó, suspender provisionalmente los efectos jurídicos los efectos de la Resolución N° 1251-2018/CC2.

2.- Cabe precisar que el análisis que debe realizar el juez en una resolución que concede medida cautelar y ordena la suspensión de la ejecución de lo ordenado en una resolución administrativa, no es uno de validez, sino de probabilidad de validez del acto administrativo

impugnado, en el que el solicitante cautelar sólo estará obligado a probar la apariencia del derecho que invoca y el Juez a pronunciarse respecto de la verosimilitud alegada. De la revisión de la Resolución N° 2, de fecha 2 de noviembre de 2016, con la que se concede medida cautelar¹¹, se aprecia en el segundo párrafo de su página 8, la siguiente consideración:

«... de la revisión de la resolución impugnada, tal como se encuentra redactada, advertimos que la Comisión no habría valorado todos los medios probatorios presentados por Uber Perú dirigidos a acreditar su falta de legitimidad para obrar pasiva, con lo cual probablemente la recurrente podría ver amparada su demanda al no estar debidamente motivada la resolución impugnada,..»

3.- A fin de salvar la independencia jurisdiccional que debe asumirse en cada uno de los procesos a cargo de los jueces, debemos señalar que, se advierte que si bien la jueza efectúa un análisis sobre el denominado *cálculo de probabilidades* de éxito de la acción contenciosa principal y concluye que existe verosimilitud y peligro en la demora; lo antes señalado, constituye un exceso y afectación al principio de congruencia; pues debió limitarse a resolver la solicitud cautelar conforme a sus términos y dejar las apreciaciones de fondo sobre la pretensión principal, como la referida a la valoración de “todos” los medios probatorios presentados por Uber Perú, para ser resueltas en su oportunidad. Además, como se ha argumentado en el considerando precedente, la solicitante cautelar no ha acreditado que su alegato sobre suspensión de procedimientos similares, haya sido argumentado en su recurso de apelación administrativa.

SÉPTIMO: En relación al argumento 3 del acápite “Fundamentos del recurso impugnatorio”, con el que el Indecopi cuestiona que no se haya considerado correctamente el principio pro consumidor, debemos considerar lo siguiente:

1.- Mediante la Resolución N° 1251-2018/CC2, de fecha 8 de junio de 2018, objeto de la pretensión cautelar, la Comisión de Protección al Consumidor N° 2, Sede Central del Indecopi, entre otros, resolvió declarar responsable a Uber Perú por infracción al artículo 150° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto se verificó que no cumplió con la obligación de contar con Libro de Reclamaciones en su aplicativo móvil. Dicha resolución se sustenta, básicamente, en que: “... *de la revisión del aplicativo móvil de Uber, se advierte que, a través de este, ofrece sus servicios y realiza las transacciones para el cobro del mismo. Adicionalmente, debe tenerse en consideración que los aplicativos móviles también constituyen portales web y, por ende, constituyen un medio virtual a través del cual se generan relaciones comerciales.*”¹²

¹¹ Véase folios 463 y siguientes del cuaderno cautelar electrónico.

¹² Véase fundamento 48 de la Resolución N° 1251-2018/CC2.

2.- De la revisión de la Resolución N° 2 con la que se concede la medida cautelar, se advierte que la jueza también sustentó la verosimilitud del derecho invocado en que el Indecopi, aparentemente, habría aplicado la analogía. En tal sentido, ampara el alegato de Uber Perú consistente en que, no resultaría posible que se le sancione, porque no existiría normativa alguna que la obligue a implementar el libro de reclamaciones en su aplicativo móvil, sino solamente en un portal web. Asimismo, la jueza considera que por la naturaleza provisional del procedimiento cautelar en el que únicamente se acredita la apariencia del derecho, sólo se permitirá una interpretación literal de la norma. Así, considera lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo antes expuesto, y considerando que la imposición de la medida correctiva resulta accesoria a la infracción; la Comisión pese a que no habría acreditado fehacientemente la calidad de proveedora de la solicitante, la declaró como responsable de la infracción al artículo 150 del Código, respecto a la obligación de contar con un Libro de Reclamaciones Virtual en su aplicativo móvil; por ello, dicho órgano resolutorio como medida correctiva, le impuso a la recurrente que en el plazo de quince días hábiles de notificada la resolución cumpla con implementar el Libro de Reclamaciones en su aplicativo móvil, lo que la recurrente cuestiona al señalar que ello no le resultaría posible en tanto no existe normativa alguna que la obligue a implementar el Libro de Reclamaciones en su aplicativo móvil, sino solamente en un portal web.

Sobre las alegaciones de la recurrente en este extremo de su solicitud cautelar, resulta necesario remitirnos a las normas pertinentes que regulan la obligación de contar con un Libro de Reclamaciones Virtual, a fin de que, con una lectura literal de dicha normativa podamos advertir someramente, si ello constituye en una obligación para la recurrente; dejando en claro, que por la naturaleza provisional del procedimiento cautelar, y de únicamente acreditar la apariencia del derecho, solo se permitirá una interpretación literal de las normas y no otro tipo de interpretación normativa que implique un análisis más exhaustivo, dejando ello para la oportunidad en que se resuelva el fondo del asunto en el expediente principal.

(...)

... de la revisión de la resolución impugnada, tal como se encuentra redactada, tenemos una ligera impresión que la Comisión podría haber confundido los conceptos de “portal web” y “aplicación móvil” equiparándolos, y con ello de manera análoga, determinando un supuesto de hecho que en apariencia no correspondería como sancionable; incluso la Comisión no sustentaría el por qué considera que los aplicativos móviles constituyen portales web, con lo cual puede señalarse que en este extremo de su solicitud cautelar, la recurrente podría ver amparada su demanda al aparentemente no estar debidamente motivada la resolución impugnada en el extremo cuestionado, por lo que la verosimilitud del derecho en relación al argumento materia de análisis ut supra ha sido acreditada.” El resaltado es nuestro.

3.- Ahora bien, el artículo 150° del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece:

Artículo 150.- Libro de reclamaciones

Los establecimientos comerciales deben contar con un libro de reclamaciones, en forma física o virtual. El reglamento establece las condiciones, los supuestos y las demás especificaciones para el cumplimiento de la obligación señalada en el presente artículo.

Asimismo, los artículos 4 y 4B del Reglamento del Libro de Reclamaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2011-PCM¹³ establecen lo siguiente:

Artículo 4.- Libro de Reclamaciones

El establecimiento comercial abierto al público deberá contar con un Libro de Reclamaciones, sea de naturaleza física o virtual, el mismo que deberá ser puesto inmediatamente a disposición del consumidor cuando lo solicite. Los proveedores que además del establecimiento comercial abierto al público, utilicen medios virtuales para establecer sus relaciones de consumo, deberán implementar un Libro de Reclamaciones Virtual en cada uno de sus establecimientos.

Artículo 4 B.- Libro de Reclamaciones para proveedores virtuales

En el caso de los proveedores virtuales, el Libro de Reclamaciones de naturaleza virtual, deberá estar alojado en la página de inicio del portal web diseñado para establecer las relaciones de consumo. Asimismo, al concluir el proceso de ingreso del reclamo o queja, se debe permitir la impresión de la Hoja de Reclamación y enviarse automáticamente al correo electrónico indicado por el consumidor, dejándose constancia de la fecha y hora de presentación del reclamo o queja¹⁴.

4.- En este contexto normativo, en el que se establece –como regla general-, la obligatoriedad de que todo establecimiento comercial físico o virtual cuente con un libro de reclamaciones; y en atención a que en la Resolución N° 1251-2018/CC2 se ha determinado la responsabilidad de Uber Perú por incumplimiento a dicha obligación prevista en el precitado artículo 150° del Código de Protección y Defensa del Consumidor; preliminarmente no se advertiría el empleo de la analogía por parte de la Comisión del Indecopi, como ha considerado la jueza de primera instancia.

Además, para concluir en que, aparentemente, se habría incurrido en la analogía, la jueza ha considerado que, supuestamente, la autoridad administrativa habría confundido los conceptos de “portal web” y “aplicación móvil” y con ello habría determinado un supuesto de hecho normativo inexistente. Esto es incorrecto, toda vez que el Indecopi para sancionar a Uber Perú consideró que es un proveedor virtual que tiene la obligación de implementar su libro de reclamaciones virtual en el aplicativo móvil en el que ofrece sus servicios y realiza las transacciones para el cobro del mismo; lo cual sería acorde con lo establecido en el artículo 4B del Reglamento del Libro de Reclamaciones; toda vez que el Indecopi consideró que los aplicativos móviles constituyen portales web.

En este sentido, de la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 006-2014-PCM, Decreto Supremo que modifica el Reglamento del Libro de Reclamaciones aprobado por Decreto Supremo N° 011-2011-PCM, se advierte que al sustentar el numeral 3.6 del artículo 3°, que define al proveedor virtual, se equipara la denominación portales web con el

¹³ En adelante, el Reglamento del Libro de Reclamaciones.

¹⁴ Artículo incorporado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 006-2014-PCM.

empleo de *la internet*¹⁵ y esto se debe a que, es de conocimiento público que la denominación web se asocia al internet. Además, la Real Academia Española define al portal informático, como el espacio de una red informática que ofrece, de forma sencilla e integrada, acceso a recursos y servicios¹⁶. De lo cual se inferiría que un aplicativo móvil calzaría en el concepto de portal web.

Nótese que el concepto de portal web difiere con el de página web, que a decir de la Real Academia Española es el conjunto de informaciones de un sitio web que se muestran en una pantalla y que pueden incluir textos, contenidos audiovisuales y enlaces con otras páginas¹⁷.

En tal sentido, preliminarmente no se advertiría error por parte de la administración al aplicar para el caso de Uber Perú, lo establecido en el artículo 4B del Reglamento del Libro de Reclamaciones que establece que: *“En el caso de los proveedores virtuales, el Libro de Reclamaciones de naturaleza virtual, deberá estar alojado en la página de inicio del portal web diseñado para establecer las relaciones de consumo.”*

Además, dada la presunción de validez del acto administrativo¹⁸ que posee la Resolución N° 1251-2018/CC2, correspondía a Uber Perú desvirtuar la consideración referida a que los aplicativos móviles constituyen portales web; lo que no se advierte de la solicitud cautelar.

En cualquier caso, como lo que es objeto de controversia es la interpretación del artículo 4B del Reglamento del Libro de Reclamaciones, en sede cautelar, corresponde la aplicación del principio pro consumidor regulado en el numeral 2 del Artículo V del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor, según el cual en cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores y en caso de duda insalvable en el sentido de las normas, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.

Por consiguiente, lo resuelto en la Resolución N° 6, que es objeto de apelación, es incorrecto, por cuanto no se aprecia la verosimilitud del derecho que invoca la recurrente.

¹⁵ El numeral 3.6 del artículo 3° del Reglamento del Libro de Reclamaciones establece que: Proveedor virtual: Es el proveedor con RUC que establece sus relaciones de consumo a través de portales web. Por su parte en la exposición de motivos de esta norma, se precisó que ... *se agregó en el numeral 3.6 la definición “proveedor virtual”, la cual identifica a aquellos proveedores que realizan su actividad comercial utilizando la internet.”*

¹⁶ Véase <https://dle.rae.es/?id=TjqJUpv> (01.04.2019).

¹⁷ Véase <https://dle.rae.es/?id=RRvUbbP> (01.04.2019).

¹⁸ Véase artículo 9° de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

«Artículo 9.- Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.»

SÉPTIMO: En relación al argumento 4 del acápite “Fundamentos del recurso impugnatorio”, con el que el Indecopi cuestiona lo considerado respecto al peligro en la demora, debemos considerar lo siguiente:

Respecto al peligro en la demora que cuestiona la apelante, debemos precisar que de conformidad con el artículo 611° del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 39° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, al no haber superado la solicitud cautelar el análisis de la verosimilitud del derecho invocado -requisito ineludible para la concesión de la tutela cautelar-, carece de objeto, en el presente caso, realizar un análisis relativo a los demás requisitos de la medida cautelar.

DECISIÓN DE LA SALA

Por las consideraciones precedentes y en uso de las facultades conferidas por la Constitución Política del Estado, **REVOCARON** el **AUTO (RESOLUCIÓN SEIS)** de fecha 11 de octubre de 2018¹⁹, que declara infundada la oposición formulada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual; y **REFORMÁNDOLO, DECLARARON FUNDADA LA OPOSICIÓN** planteada por el INDECOPI; y, en consecuencia, **RECHAZARON** la solicitud cautelar solicitada por Uber Perú S.A.. En los seguidos por Uber Perú S.A. con Indecopi, sobre oposición a medida cautelar. Notifíquese.

APTG/amcp

TORRES GAMARRA

DÁVILA BRONCANO

NÚÑEZ RIVA

¹⁹ Véase folios 550 a 557 del cuaderno cautelar electrónico.